

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN
Istituzioni e Mercati, Diritti e Tutele**

Ciclo XXVII

Settore Concorsuale di afferenza: 12/B1

Settore Scientifico disciplinare: IUS/04

**IL DEPOSITO IRREGOLARE DI MONETA:
UN'APPROSSIMAZIONE TEORICA, STORICA ED ETICA**

Presentata da: Fernando Hernández Fradejas

Coordinatore Dottorato

Relatore

Prof. Giulio Illuminati

Prof.ssa Elisabetta Righini

Esame finale anno 2014

A mis padres, os quiero

AGRADECIMIENTOS

Este breve apartado servirá para dejar constancia de todas aquellas personas e instituciones que han permitido patrocinar la elaboración de este trabajo académico muy generosamente. No quiero desaprovechar la oportunidad de recordar las palabras de mi apreciado Rector que rezan de la siguiente manera: “la gratitud es el patrimonio de las almas nobles”.

En primer lugar, quiero expresar mi más profunda gratitud a Don Gil de Albornoz, fundador del Real Colegio de España en Bolonia, a la Junta de Patronato que consideró otorgarme el privilegio de conocer esta Casa, y, por supuesto, a su Excmo. Sr. Rector, don José Guillermo García-Valdecasas y Andrada-Vandewilde, generosa persona y extraordinario erudito que dirige y administra la herencia de Albornoz con absoluta dedicación, continua entrega y profundo amor a la Casa. A todas las personas que trabajan en el Colegio y cumplen los objetivos para los que se fundó muy ampliamente. Y, del mismo modo, quiero aprovechar la ocasión para dar las gracias a todos mis compañeros bolonios durante estos dos años. Ha sido un verdadero honor disfrutar con todos ellos de la herencia albornociana.

Por otro lado, quiero manifestar mi más sincero reconocimiento a la profesora Elisabetta Righini por su permanente amabilidad y buena disposición como también a todos los profesores españoles e italianos que han hecho posible que este trabajo salga hacia adelante. Mi agradecimiento para todos aquellos también que, con su consejo o apoyo, han sostenido mi esfuerzo y me han ayudado de una y otra manera en los momentos más difíciles.

Fernando Hernández Fradejas

Bolonia -Valladolid, Enero 2012 - Marzo de 2014

ÍNDICE.....	7
--------------------	----------

INTRODUZIONE	19
---------------------------	-----------

CAPÍTULO METODOLÓGICO	29
------------------------------------	-----------

1. PROBLEMAS EPISTEMOLÓGICOS DE LAS CIENCIAS DE LA ACCIÓN HUMANA.....29

<i>Hipótesis de Hayek sobre la clasificación jerárquica de los órdenes o fenómenos según su grado de complejidad.....</i>	<i>30</i>
<i>La hipótesis de F.A. Hayek y el Orden Sensorial.....</i>	<i>31</i>
<i>La conclusión de la Hipótesis de Hayek: la crítica al determinismo materialista.....</i>	<i>33</i>
<i>Diferencias metodológicas entre las ciencias naturales y las ciencias sociales</i>	<i>35</i>

2. LA TEORÍA DE LOS TRES NIVELES: TEORÍA, HISTORIA Y ÉTICA.....37

<i>Conceptos generales de Teoría e Historia.....</i>	<i>37</i>
<i>Teoría e Historia: la necesidad de la comprensión</i>	<i>39</i>
<i>La crítica al historicismo</i>	<i>40</i>
<i>El método de las Ciencias Sociales: Teoría e Historia.....</i>	<i>40</i>
<i>El método de las Ciencias Sociales: Apriorístico-Deductivo, Leyes Universales e Individualismo Metodológico.....</i>	<i>41</i>
<i>Crítica al positivismo: el intento de aplicación del monismo metodológico</i>	<i>44</i>
<i>Crítica al criterio de falsabilidad de Karl Raimund Popper</i>	<i>46</i>
<i>Crítica al positivismo jurídico.....</i>	<i>48</i>
<i>Crítica al positivismo económico</i>	<i>49</i>
<i>Teoría de la Ética Social.....</i>	<i>50</i>
<i>Conclusión: la Teoría de los Tres Niveles</i>	<i>52</i>

3. LAS CIENCIAS SOCIALES Y LA REBELIÓN CONTRA LA RAZÓN.....53

<i>Las ciencias sociales y la rebelión contra la razón. Tipos de racionalismo: exagerado, correcto y polilogismo.....</i>	<i>53</i>
---	-----------

CAPITOLO I: NATURA GIURIDICA DEL CONTRATTO DI DEPOSITO IRREGOLARE DI DENARO..... 58

1. CONCETTI FONDAMENTALI PREVI: I CONTRATTI DEI PRESTITI O CREDITI O DAZIONI (MUTUO, COMODATO E PEGNO) E I CONTRATTI DI DEPOSITO58

Il contratto di mutuo o prestito o credito o dazione di consumo (mutui datio) 58

Concetto, soggetti, oggetto e requisiti58

Carattere gratuito del mutuo59

Usurae (interessi)60

Foenus nauticum o Pecunia Traiecticia61

Formula processuale civile62

Senadoconsulto Macedoniano62

Il contratto di comodato (commodatum) o prestito o dazione d'uso63

Concetti, soggetti e oggetto63

Atto giuridico gratuito64

Actiones commodati64

Responsabilità.....66

Il contratto di pegno (pignus) o prestito o dazione di garanzia reale67

Concetto, soggetti e oggetto67

Indivisibilità ed estinzione del pegno69

Patti di pegno70

Pignus conventum o hypotheca (ipoteca)72

Difesa processuale pretoria del pegno74

Il contratto di deposito76

Concetto, requisiti e oggetto76

Origine77

Doveri ed obblighi del depositante e depositario79

Actio (ex fide bona) depositi directa e contraria79

Tipi speciali di deposito.....80

2. IL CONTRATTO DI DEPOSITO REGOLARE ED IL CONTRATTO DI DEPOSITO	
“IRREGOLARE” DEI BENI DEPERIBILI O DI DENARO	81
<i>Introduzione.....</i>	<i>81</i>
<i>Il contratto giuridico di deposito regolare (specialmente in riferimento alla</i>	
<i>regolazione giuridica spagnola)</i>	<i>84</i>
Natura e caratteristiche	84
Sui tipi di depositi bancari regolari.....	87
<i>Il contratto di deposito “irregolare” di beni fungibili o di denaro (con speciale</i>	
<i>riferimento alla regolazione giuridica spagnola)</i>	<i>92</i>
Concetto, funzione, natura e oggetto del contratto di deposito irregolare di	
denaro	92
L’ elemento essenziale del contratto di deposito irregolare di denaro: la	
tutela e la custodia del tantundem.....	95
Il problema della doppia disponibilità	98
Intorno alla presunta efficacia traslativa del dominio.....	98
Le modalizzate obbligazioni nel contratto di deposito irregolare	99
Il problema della restituzione	100
L’inesorabile individualizzazione delle cose od oggetti fungibili depositati	101
La non esistenza di una scadenza temporale	102
L’ impossibilità del pagamento degli interessi verso il depositante	103
Normativa regolatrice	104
Funzione economica e sociale dei contratti di deposito irregolare di denaro	105
Conseguenze giuridiche dell’inadempimento dell’obbligazione essenziale	
nel contratto di deposito irregolare di denaro	107
Reato di falsificazione in documento e reato di truffa.....	108
Processo contabile bancario di espansione creditizia in relazione al delitto di	
falsificazione in documento e delitto di truffa: l’ emissione di banconote	
falsificate senza reale copertura.....	112
Reato di appropriazione indebita.....	115
Argomentazioni teoriche da parte di diversi penalisti sul reato di	
appropriazione indebita	118

Processo contabile bancario di espansione creditizia in relazione al reato di appropriazione indebita: l' emissione di depositi a vista senza copertura reale.....	119
Riconoscimento da parte della giurisprudenza dei principi generali del diritto che regolano il contratto di deposito irregolare di denaro (coefficiente di cassa del 100%)	122
3. IL CONTRATTO DI PRESTITO DI DENARO (CON SPECIALE RIFERIMENTO ALLA LEGISLAZIONE SPAGNOLA)	125
<i>Concetto e natura giuridica</i>	125
<i>Caratteristiche</i>	127
<i>Le diverse creazioni giuridiche degli scambi dei beni presenti e beni futuri nel mercato del tempo</i>	131
<i>Conclusione</i>	132
4. DIFFERENZE ESSENZIALI TRA I CONTRATTI DI DEPOSITO IRREGOLARE E DI PRESTITI DI DENARO.....	133
<i>La traslazione della proprietà e il carattere astratto del tantundem in entrambi i contratti. Sulla corretta motivazione del Dr. César Martínez Meseguer</i>	133
<i>Differenze essenziali di natura economica tra entrambi contratti</i>	136
<i>Differenze essenziali di natura giuridica tra entrambi contratti</i>	140
<i>Differenze essenziali fra due contratti radicalmente diversi</i>	143
5. TEORIA EVOLUTIVA DELL' ISTITUZIONE GIURIDICA, ECONOMICA E SOCIALE DEL CONTRATTO DI DEPOSITO IRREGOLARE DEI BENI FUNGIBILI O DI DENARO.....	144
<i>La scoperta dei principi generali, formali e tradizionali del diritto secondo Carl Menger, F.A. Hayek, Bruno Leoni, César Martínez Meseguer, José Carlos Herrán Alonso e una prospettiva dalla dottrina giuridica spagnola</i> ..	144
Carl Menger e la teoria economica delle istituzioni sociali.....	144
Friedrich August von Hayek, il socialismo e la sostituzione del concetto di diritto.....	147
Il concetto di Diritto del profesor Bruno Leoni	150

César Martínez Meseguer e la teoria evolutiva delle istituzioni sociali	152
I contributi di José Carlos Herrán Alonso	153
Il concetto dei principi generali del Diritto in Spagna: una visione storica	153
<i>La scienza giuridica romana</i>	155
Il contratto di deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro nel diritto romano: origine, sviluppo e ricevimento storico posteriore	161
Etimologia.....	161
Origine e caratteristiche principali.....	162
La posizione superiore del depositante rispetto al tantundem: le posizioni di Paulo, Papiniano e Ulpiano.....	164
L' incompatibilità del pagamento degli interessi nel contratto di deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro	166
L' uso della cosa depositata e l' azione di furto nel Codice, Novelle e Digesto: le posizioni di Papiniano, Celso, Paulo e Ulpiano	167
Le differenze tra il contratto di deposito irregolare e il contratto di prestito secondo Paulo e Ulpiano	169
L' inadempimento del tantundem secondo Papiniano.....	171
Fuero juzgo o Liber Iudiciorum.....	172
Fuero delle Leggi o Fuero Reale	173
Le Sette Parti.....	174
Novissima Raccolta.....	175

CAPÍTULO II: LA VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES, UNIVERSALES Y TRADICIONALES DEL DERECHO EN EL CONTRATO DE DEPÓSITO IRREGULAR DE DINERO: UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA..... 178

1. LA ACTIVIDAD BANCARIA EN GRECIA Y EN ROMA	178
<i>La noción del concepto de depósito en la Biblia</i>	178
<i>La banca en la Grecia clásica y helenística</i>	181
<i>Testimonios, fragmentos y discursos de pensadores griegos en torno al concepto de depósito</i>	187

La máxima de Pitaco de Mitilene respecto a la figura del depósito	187
Platón y el concepto de depósito	187
Lisias y el litigio contra Califonte	189
Lisias y el caso contra Diogitón	190
Isócrates y el asunto contra Eutino	191
Herodoto y el caso del depósito de dinero de Leotíquidas	193
Isócrates: sobre un asunto bancario	195
Demóstones y la excepción en favor de Formión.....	198
<i>La banca en Roma.....</i>	<i>201</i>
<i>Testimonios, fragmentos y discursos de pensadores romanos en torno al concepto de depósito</i>	<i>204</i>
Publio Terencio Africano y la escena VIII de Formión	204
El libro X de las Cartas de Plinio el Joven: Gayo Plinio al emperador Trajano	206
Décimo Junio Juvenal: la sátira XIII y el caso del depósito.....	206
Cicerón y los dos depósitos de cistóforos.....	208
El concepto de depósito en las comedias de Plauto: Captivi, Asinaria, Curculio y Mostellaria	211
<i>Crisis financiera y recesión económica en el año 33 d. C.....</i>	<i>213</i>
<i>La quiebra de la banca del cristiano Calisto.....</i>	<i>216</i>
<i>La sociedad de los banqueros o “societas argentaria”</i>	<i>216</i>
2. EL NEGOCIO BANCARIO EN LA BAJA EDAD MEDIA	222
<i>La banca en la baja Edad Media: el concepto de depósito en la Orden del Temple de Jerusalén.....</i>	<i>222</i>
<i>El renacimiento de la banca de depósito en la Europa mediterránea: la aportación de A. P. Usher.....</i>	<i>227</i>
<i>La prohibición canónica de la usura: origen y desarrollo histórico.....</i>	<i>229</i>
<i>La influencia del contrato jurídico denominado “depositum confessatum” ..</i>	<i>233</i>
<i>La banca del norte de Europa en el siglo XIV: el caso de la ciudad de Brujas y los banqueros Collard de Marke y Guillaume Ruyelle</i>	<i>237</i>

<i>La banca florentina en los siglos XIV-XV: los banqueros Francesco di Marco Datini, Bindaccio di Michelle de' Cerchi y Lorenzo di Messer Palla Strozzi</i>	239
<i>La banca genovesa: Casa di San Giorgio</i>	246
<i>El banco de los Médicis</i>	248
<i>Las Taulas de Canvi municipales</i>	251
La Taula de Canvi de Barcelona	252
La Taula de Canvi de Gerona	255
La Taula de Canvi de Lérida	257
La Taula de Canvi de Manresa	258
La Taula de Canvi de Mallorca	259
<i>La banca veneziana durante los siglo XIV-XVI: los banqueros Garzoni, Lippomani, Agostini, Arimondo y la propuesta fallida de una banca legítima por Giovanni Dolfin</i>	260
<i>La crisis bancaria florentina en la segunda mitad del siglo XVI: las fuentes testimoniales de Giuliano de' Ricci</i>	267

3. LOS BANQUEROS DE CARLOS V Y LAS CONTRIBUCIONES TEÓRICAS DE LOS MIEMBROS DE LA ESCUELA DE SALAMANCA: EL NEGOCIO BANCARIO EN ESPAÑA DURANTE LOS SIGLOS XV-XVI

<i>Carlos V y sus banqueros: la aportación de Ramón Carande</i>	272
<i>Las diferentes acepciones del concepto de banco por los moralistas de nuestro siglo de Oro Español</i>	279
<i>El negocio bancario en la Escuela de Salamanca</i>	280
Luis Saravia de la Calle	281
Martín de Azpilcueta	289
Tomás de Mercado	291
Domingo de Soto	293
Luis de Molina	294
Otros autores escolásticos en torno al negocio bancario	297

4. El negocio bancario en el siglo XVII y XVIII: los bancos de Ámsterdam, Suecia, Inglaterra y Francia	301
<i>La actividad bancaria basada en un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien: el ejemplo del banco de Amsterdam.....</i>	<i>301</i>
<i>Las observaciones de David Hume, Sir James Steuart y Adam Smith respecto al banco de Ámsterdam.....</i>	<i>304</i>
<i>El banco de Suecia</i>	<i>307</i>
<i>El banco de Inglaterra</i>	<i>307</i>
<i>John Law y el sistema bancario de Francia en el siglo XVIII: la burbuja de la Compañía del Mississippi de 1720.....</i>	<i>310</i>
<i>El fraude de Richard Cantillon y la violación del depósito irregular de títulos-valores</i>	<i>315</i>

CAPÍTULO III: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DOCTRINA JURÍDICA DE LA BANCA CON RESERVA FRACCIONARIA

1. INTRODUCCIÓN.....	321
2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y ÉTICA DEL CONTRATO DE DEPÓSITO IRREGULAR DE DINERO	324
<i>Diferencias esenciales jurídicas entre el contrato de depósito irregular y el contrato de préstamo según el Derecho romano</i>	<i>324</i>
<i>La fundamentación jurídica y ética del contrato de depósito irregular de dinero posterior al Derecho romano: los glosadores y la doctrina italiana medieval.....</i>	<i>325</i>
<i>La doctrina italiana moderna: Pasquale Coppola-Zuccari, Tito Caraffa e Isidoro La Lumia.....</i>	<i>328</i>
<i>Las diferentes clases de depósitos según Isidoro La Lumia</i>	<i>331</i>

3. LA IMPOSIBLE EQUIPARACIÓN DEL CONTRATO DE DEPÓSITO IRREGULAR DE DINERO CON EL CONTRATO DE PRÉSTAMO.....332

<i>Los errores fundamentales y motivos históricos para una desnaturalización de la figura del contrato de depósito irregular de dinero</i>	<i>332</i>
<i>La errónea doctrina jurisprudencial de la Common Law en el siglo XIX.....</i>	<i>335</i>
<i>La regulación jurídica en España: el Código Civil y Mercantil.....</i>	<i>339</i>
<i>La fundamentación jurídica de la regulación del contrato de depósito irregular: el Codice Civile</i>	<i>343</i>
<i>Crítica de la identificación entre el contrato de depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo o mutuo.....</i>	<i>345</i>
<i>Las diferentes causas o motivación entre el contrato de depósito irregular y el contrato de préstamo o mutuo.....</i>	<i>348</i>
<i>La tesis del acuerdo tácito o implícito</i>	<i>351</i>

4. NUEVE POSIBILIDADES DE CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO DE DEPÓSITO BANCARIO DE DINERO A LA VISTA CON RESERVA FRACCIONARIA352

<i>Hay engaño o fraude: delito de apropiación indebida y el contrato es nulo (origen históricamente viciado del contrato de depósito bancario de dinero a la vista de acuerdo con el capítulo II de este trabajo).....</i>	<i>352</i>
<i>No hay engaño, pero hay error in negotio: contrato nulo</i>	<i>353</i>
<i>No hay error in negotio, pero cada parte contratante conserva su causa típica en el contrato: contrato nulo por tener causas fundamentalmente incompatibles.....</i>	<i>354</i>
<i>Aunque se acepte la compatibilidad de causas incompatibles, el contrato es nulo por ser imposible su cumplimiento mediante la suscripción masiva de contrato y la “ley de los grandes números” (si no existe un prestamista de última instancia, esto es, un banco central).....</i>	<i>354</i>
<i>Argumento subsidiario: aunque se cumpliera la “ley de los grandes números” (que no se cumple), sería un contrato aleatorio (no sería ni contrato de depósito ni contrato de préstamo).....</i>	<i>355</i>
<i>Argumento subsidiario II: el banquero ofrece al titular de un depósito “a plazo” (un contrato de préstamo o mutuo) la posibilidad de retirar el dinero o</i>	

<i>la suma monetaria en cualquier momento, por escrito o verbalmente, garantizando la plena disponibilidad del tantumdem: contrato nulo por tener causas fundamentalmente incompatibles</i>	<i>356</i>
<i>La salida en falso a través de un nuevo concepto de disponibilidad (segundo grupo de juristas): un sistema jurídico basado en un mandato administrativo (privilegio) y la existencia de un organismo de planificación central (el banco central)</i>	<i>357</i>
<i>El contrato es nulo por producir graves perjuicios a terceros (crisis económicas agravadas por el banco central), muy superiores a los daños que causa el falsificador de moneda.....</i>	<i>360</i>
<i>El contrato es nulo por ir en contra de los Principios Generales del Derecho</i>	<i>361</i>
<i>Cuadro: nueve posibilidades de calificación jurídica del contrato de depósito bancario con reserva fraccionaria.....</i>	<i>362</i>

5. CONTRATOS JURÍDICOS SIMULADORES DE DEPÓSITOS DE DINERO A LA VISTA.362

<i>Las operaciones con pacto de recompra.....</i>	<i>363</i>
<i>Otros casos fronterizos de verdaderos depósitos simulados: cesiones temporales de activos, deuda subordinada, bonos, pagarés y participaciones preferentes.....</i>	<i>364</i>
<i>Consideraciones sobre el papel de los productos de financiación estructurada: ABS, ABCP, CDO y CDS</i>	<i>367</i>

6. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS TEORÍAS DE LA BANCA CENTRAL Y DE LA BANCA LIBRE.....370

<i>La aplicación del teorema de la imposibilidad del socialismo al banco central y al sistema bancario de reserva fraccionaria.....</i>	<i>370</i>
<i>Breve análisis crítico de la banca libre con reserva fraccionaria.....</i>	<i>373</i>

7. UNA PROPUESTA DE REFORMA DEL SISTEMA BANCARIO: LA TEORÍA DEL COEFICIENTE DE CAJA DE RESERVA FRACCIONARIA DEL CIENTO POR CIENTO PARA LOS DEPÓSITOS A LA VISTA Y SUS EQUIVALENTES.....	375
<i>Partidarios históricos de un sistema bancario con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien</i>	<i>379</i>
CONCLUSIONI	381
BIBLIOGRAFÍA.....	388

INTRODUZIONE

Lo spirito generale di questo studio è preceduto dall'impellente necessità di spiegare - dal punto di vista teorico- le origini e le cause della recente crisi finanziaria e della profonda recessione economica occidentale. Specialmente, la situazione economica spagnola è drammatica poiché il numero dei disoccupati ha quasi raggiunto i sei milioni di persone e inoltre, ci sono migliaia di famiglie nelle quali nessun membro lavora¹. Pertanto, i responsabili sociali hanno il dovere ineludibile di offrire delle soluzioni a questi drammatici problemi che ognuno di noi sta vivendo e soffrendo, in alcuni casi, in prima persona. Essenzialmente, la radice di tutti i problemi, di tutte le sofferenze e del malessere economico odierno potrebbe aver origine in un incidente storico avvenuto in Inghilterra, il 19 di luglio del 1844. Infatti, il Parlamento inglese promulgò la legge del settore bancario e finanziario inglese chiamata *-Peel's Bank Act²* - che costituì l'inizio di un intenso dibattito durante vari decenni anteriori tra due scuole di pensiero

¹ La tasso di disoccupazione della popolazione spagnola ha raggiunto un 25,98% con un numero totale di 5.904.700 disoccupati. Allo stesso tempo il numero di famiglie nelle quali tutti i membri in età di lavoro sono disoccupati ha raggiunto la spaventosa cifra di 1.807.000. Per una maggiore informazione si consulti il risultato del rapporto del terzo trimestre Statistica della Popolazione Attiva "Encuesta de Población Activa" (EPA) dell'anno 2013, dati Istat, Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, Ministerio de Economía y Competitividad, gobierno de España.

² Charles P. Kindleberger, *Historia financiera de Europa*, traduzione allo spagnolo di Antonio Menduñá e Juan Tugores, con la collaborazione di Jordi Beltrán e Lidia Lumpuy, Editorial Crítica, Barcelona, 2011, seconda parte, pp. 123-126 e anche la pagina 29

economico³: da un lato, la *currency school* e dall'altro, la *banking school*. Codeste due scuole di pensiero cercarono di studiare perché l'Inghilterra fu oggetto di cicli ricorrenti di espansione creditizia, bolla speculativa, crisi finanziaria, recessione economica, e la conseguente crisi budgetaria dall'inizio della Rivoluzione Industriale fino all'anno 1844. Da un lato, una parte del dibattito ha avuto come protagonisti i membri della *banking school* -che si opponevano alla scuola monetaria- i quali sostenevano che l'espansione creditizia non poteva produrre delle crisi finanziarie e delle recessioni economiche, ma bensì che l'incremento dei mezzi finanziari senza copertura era ideale per qualsiasi economia⁴. Si opponevano a questa teoria rappresentata dai membri della *Currency School* (Robert Torrens⁵, S.J. Lloyd⁶ -in seguito Lord Overstone-, J. R. McCulloch⁷, George W. Norman⁸, Samuel Montifort Longfield⁹) i quali misero in

³ Consultare l'opera di Charles Rist, *Historia de las Doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda*, traduzione di Ernesto Schop Santos, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, cap. V, pp. 242-257.

⁴ John Fullarton (1780-1849), teorico della Scuola Bancaria, fu uno degli esponenti più significativi della Scuola e nel 1844 pubblicò un libro intitolato *On the Regulation of Currencies* che sviluppò una dottrina nota come la "teoría de Fullarton sobre el reflujo monetario". Secondo Fullarton non c'è pericolo di inflazione nell'espansione creditizia materializzata in banconote emesse da una banca che eserciti la propria attività con riserva frazionaria. Il meccanismo è il seguente: le banconote emesse dalle banche si introducono nel sistema economico sotto forma di prestiti, piuttosto che come pagamenti diretti per beni o servizi, quindi quando l'economia "ha bisogno" di più mezzi di pagamento richiede più prestiti e quando ne ha meno bisogno, i prestiti vengono restituiti sotto forma di lettere di cambiali e ritornano alle banche quando vengono pagati, pertanto l'espansione creditizia non produce nessun effetto negativo nel sistema economico, si consulti John Fullarton, *On the Regulation of Currencies, being an examination of the principles on which it is proposed to restrict, within certain fixed limits, the future issues on credit of the Bank of England and of the other banking establishments throughout the country*, John Murray, Londres 1844, seconda edizione riveduta del 1845. p. 64, citato in Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, Unión Editorial, Madrid, 2002, seconda edizione, cap. VIII, p. 484-485. Allo stesso modo, un altro eminente teorico chiamato Henry Parnell, membro della Scuola Bancaria, sostenne che le banche di un sistema bancario totalmente libero non potranno espandersi illimitatamente sulla base delle banconote senza che ciò provochi che i suoi concorrenti richiedano il pagamento dell'importo degli stessi in contanti mediante la corrispondente camera di compensazione. Così le banche intimorite per non poter affrontare le corrispondenti uscite d'oro, stabilirebbero, per il proprio interesse, un limite molto stretto per l'emissione di mezzi finanziari, Henry Parnell, *Observations on Paper Money, Banking and Other Trading, including those parts of the evidence taken before the Committee of the House of Commons which explained the Scotch system of banking*, James Ridgway, Londres 1827, specialmente le pagine 86-88, citato in Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, Unión Editorial, Madrid, 2002, seconda edizione, cap. VIII, p. 491-492.

⁵ Robert Torrens, *A Letter to the Right Hon. Lord Viscount Melbourne, on the Causes of the Recent Derangement in the Money Market, and on Bank Reform*, Longman, Rees, Orme, Brown & Green, Londres, 1837.

⁶ Samuel Jones Lloyd, *Reflections Suggested by a Perusal of Mr. J. Horseley Palmer's Pamphlet on the Causes and Consequences of the Pressure on the Money Market*, P. Richardson, Londres, 1837.

⁷ J.R. McCulloch, *Historical Sketch of the Bank of England with an Examination of the Question as to the Prolongation of the Exclusive Privileges of that Establishment*, Longman, Rees, Orme, Brown & Green, Londres, 1831 anche nel suo libro *A Treatise on Metallic and Paper Money and Banks*, A. & C. Black, Edimburgo, 1858. Da parte sua, J.R. McCulloch sostenne che il meccanismo descritto da Henry Parnell non avrebbe mai supposto un freno all'inflazione dato che tutte le banche di un sistema di banca libera, in

evidenza che le origini e le cause di questi cicli secolari di auge e di recessione economica in maniera corretta. Questi ultimi teorici ottennero un importante successo politico poiché scoprirono la radice di tutti i problemi finanziari ed economici attraverso un affare sconosciuto che colpiva la banca nell'Inghilterra di quel tempo.

In concreto, l'origine di questi cicli economici derivati¹⁰ da crisi finanziarie e da recessioni economiche si basa sull'espansione dei mezzi finanziari da parte delle banche private attraverso l'emissione di banconote di carta moneta - certificati di deposito - senza la corrispondente copertura di soldi, in quel momento oro, senza conoscerne, la corrispondente esigenza naturale di un coefficiente della cassa di riserva frazionaria al 100%. Si tratta di uno strano affare che si sviluppa dalla creazione della Banca di Stoccolma nel 1656¹¹; infatti, i banchieri privati cominciano ad agire legittimamente in conformità al Diritto e in cambio dei soldi depositati - oro- questi consegnano una ricevuta che certifica i soldi consegnati in deposito. Nella misura in cui i depositari confidano nella diligenza e nella solvenza del depositario -la banca-, i clienti cominciano ad accettare come mezzo di pagamento non l'oro, ma bensì le corrispondenti ricevute che attestano i soldi versati sotto forma di deposito. In seguito, poiché i soldi - oro- rimanevano permanentemente oziosi nelle casse della banca, questo tipo di depositari si vedono tentati a non compiere il dovere di tutelare e custodiare *il tantum* del deposito e così, iniziare l'emissione di un numero di ricevute - certificati di deposito- superiore all'oro in origine depositato nella banca. Naturalmente, come si è appena detto, i banchieri privati espandevano la massa monetaria emettendo banconote

generale o alcune di esse, si fecero influenzare da un afflusso d'espansione nell'emissione di banconote bancarie.

⁸ George Warde Norman, *Remarks upon some Prevalent Errors with respect to Currency and Banking, and Suggestions to the Legislature and the Public as to the Improvement in the Monetary System*, P. Richardson, Londres, 1838.

⁹ Samuel Mountifort Longfield -la cui posizione era più estrema rispetto a quella di McCulloch- sostenne che perfino l'espansione base di banconote da parte di una sola banca in un sistema di banca libera avrebbe reso inevitabile che le rimanenti banche si vedessero forzate, a loro volta, a espandere l'emissione di banconote, se non volevano che diminuisse la loro quota di partecipazione nel mercato finanziario e inoltre che si riducessero i loro benefici. Per ampliare le informazioni si consulti Samuel Mountifort Longfield, "Banking and Currency" (4 articoli), *Dublin University Magazine*, 15:3-15, 218-33; 16:371-89, 611-20, 1840.

¹⁰ Per sapere quali furono i settori economici protagonisti in ogni ciclo economico, si consultino le pagine 375-389 del capitolo VI del libro di Jesús Huerta de Soto, Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, Unión Editorial, Madrid, 2002, seconda edizione.

¹¹ *Ibidem*, cap. II, p. 88.

di carta moneta - che apparivano come certificati di deposito - per un importo superiore al denaro - oro - depositato nelle casse della banca. Questa espansione della massa monetaria prodotta dalle banche private sotto forma di banconote cartamoneta veniva introdotta nel sistema economico tramite la forma di crediti e prestiti¹² che incoraggiava gli imprenditori a investire come se il risparmio della società fosse aumentato, invece ciò non succedeva in realtà. I teorici della *currency school* segnarono che l'iniezione dei crediti nel sistema economico aveva prodotto un aumento del livello generale dei prezzi nel Regno Unito, cioè, che il potere acquisitivo dell'unità monetaria diminuiva, ciò provocò un incremento nell'acquisto dei beni e dei servizi sia in Francia che nel resto del mondo. Tutto ciò provocò un incremento delle importazioni, innumerevoli e massicce fughe di oro dalle casse delle banche inglesi, un'importante diminuzione del valore degli attivi delle banche e, infine, l'attesa crisi finanziaria e l'ulteriore recessione economica. Questa impeccabile analisi fu sviluppata dai teorici della *currency school*. Quest'attenta analisi ha permesso di analizzare l'esatto rapporto tra il risparmio e l'investimento, cioè, le banche e i mutuantici possono soltanto prestare ciò che prima hanno risparmiato, principalmente senza la manipolazione esogena della creazione monetaria sotto forma di banconote di cartamoneta o moneta a riserva frazionaria attraverso la propria azione delle banche private. Così, *la legge bancaria di Peel del 19 di luglio del 1844 esige e stabilisce un coefficiente di cassa di riserva frazionaria del cento per cento in rapporto all' emissione di banconote di banca di cartamoneta e moneta frazionaria* - o nel tempo stesso certificati di deposito - *con la corrispondente copertura di denaro (oro)*. Dunque, questa legge origina uno dei principi essenziali del diritto di proprietà che esige un'economia di mercato e un sistema capitalista perché funzioni, cioè, lo scrupoloso rispetto dei certificati che in qualche maniera giustificano il denaro depositato in banca¹³. Questo cambio legislativo, sostenuto dai cittadini inglesi,

¹² Tuttavia se le banconote di cartamoneta senza la copertura dell'oro fossero state spese in diversi beni di consumo e di servizi, il danno alla società e il conseguente impatto economico sarebbero stati notevolmente minori poiché avrebbero soltanto danneggiato i prezzi in relazione a quei beni e servizi. Il problema sorge quando la maggior parte di queste banconote di cartamoneta si immette nel sistema bancario sotto forma di crediti, ciò, invia un segnale agli imprenditori perché comincino ad investire nei progetti di investimento che rendono i loro frutti in un futuro lontano, come se il risparmio della società fosse in aumento, mentre tutto ciò realmente non è mai avvenuto.

¹³ Questo paragrafo sulle conseguenze sul non adempimento del coefficiente della cassa di riserva frazionaria del cento per cento verrà analizzato nell'epigrafe corrispondente del primo capitolo di questo studio.

ebbe l'obiettivo di eliminare i cicli ricorrenti di auge e di recessione che si producevano sin dalle guerre napoleoniche e dall'inizio della rivoluzione industriale.

Comunque, nonostante le grandi speranze e il successo ottenuto, la legge del settore finanziario e bancario inglese - la legge bancaria di Peel - fu un autentico fallimento che ha causato un dolore economico e sociale inimmaginabile ancor oggi presente. In particolare, l'economista austriaco Ludwig von Mises ha messo in evidenza che si sono commessi due grandissimi errori¹⁴: in primo luogo, la legge bancaria di Peel non ha stabilito *un coefficiente di cassa di riserva frazionaria del cento per cento per l'emissione dei depositi a vista*. In effetti è andata così, la teoria economica dell'epoca aveva tralasciato un altro affare che le banche private avevano sviluppato in maniera minore fino a quella data, cioè, l'affare dell' *emissione di depositi a vista*. Ed è vero che, dal punto di vista economico, non esiste nessuna differenza tra l'emissione di banconote falsificate di banca di cartamoneta senza copertura e l'emissione dei depositi a vista senza copertura tramite una semplice annotazione contabile¹⁵. Così, allora, bisognerebbe domandarsi perché la legge bancaria di Peel si dimenticò di esigere anche un coefficiente di riserva frazionaria del cento per cento per i depositi a vista di denaro. Il motivo fu il seguente¹⁶: i teorici riuniti in ambedue scuole non chiarirono che i depositi a vista fanno parte della massa monetaria della stessa forma che il denaro in contanti - oro - e le proprie banconote di banca di carta moneta e moneta frazionaria. Questa svista teorica ha avuto delle profondissime e devastanti conseguenze, poiché i membri del nostro secolo d'oro Spagnolo, i cosiddetti scolastici, avevano già scoperto trecento anni prima della promulgazione della legge bancaria Peel che i depositi a vista fanno parte della massa monetaria e ne eseguono la stessa funzione del denaro in contanti. Specialmente, il gesuita Luis de Molina usa il termine "*chirographis pecuniarum*" - denaro scritturista - che le banche, i mercanti e i cambisti generavano dal

¹⁴ Si consultino le impeccabili descrizioni che Ludwig von Mises realizza su questi due gravi errori teorici commessi nella legge bancaria di Peel, *La Acción Humana*, Unión Editorial, Madrid, 2004, cap. XX, pp. 676-693 e specialmente le pagine 676-684 nel libro *La teoría del dinero y del crédito*, Unión Editorial, Madrid, 2012, cap. XX, pp. 340-345.

¹⁵ Le banche riindirizzarono il loro affare della creazione di banconote per un volumen superiore all'oro depositato rivolgendo la loro attenzione verso la semplice creazione di depositi a vista del denaro. Questo parágrafo verrà analizzato nella corrispondente epígrafe del primo capitolo di questo studio.

¹⁶ Charles Rist, *Historia de las Doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda*, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, cap. V, pp. 217-229.

nulla tramite semplici annotazioni nei loro libri di contabilità¹⁷. Nel XVI secolo, i banchieri privati non conoscevano l'affare dell'emissione di carta moneta, ma emettevano depositi a vista. Si dovrà attendere l'arrivo di autori come Henry Thornton¹⁸, Condé Raguét¹⁹, James Pennington²⁰ e Albert Gallatin²¹ per cominciare ad intuire, sebbene superficialmente, nel contesto del dibattito tra la scuola monetaria e la scuola bancaria che i depositi bancari a vista e le banconote emesse senza copertura sono esattamente lo stesso dal punto di vista economico e bancario. In conclusione, la

¹⁷ Per saperne di più, si consulti l'epigrafe opportuna del primo capitolo di questo studio.

¹⁸ Henry Thornton testimonia e afferma le seguenti deduzioni davanti al *Committee on the Restriction of Payments in Cash by the Bank* il 17 di novembre del 1797: "The balances in the bank are to be considered in very much the same light with the paper circulation", rivisto nei *Records from Committees of the House of Commons, Miscellaneous Subjects*, 1782, 1799, 1805, pp. 119-131. La citazione nel testo potrebbe essere tradotta così: "I saldi nella banca devono essere considerati della stessa maniera in cui si considera la carta moneta in circolazione", tutto è citato in Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, Unión Editorial, Madrid, 2002, seconda edizione, cap. VIII, p. 486. Allo stesso modo, si consulti l'opera di Charles Rist, *Historia de las Doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda*, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, cap. III, pp. 140-145.

¹⁹ Murray Newton Rothbard segnala che, prima dello stesso James Pennington nel 1826, un teorico americano della Scuola Monetaria difensore del coefficiente di cassa del cento per cento, il Senatore dello stato di Pennsylvania Condé Raguét aveva già messo in evidenza nel 1820 l'identità esistente tra la cartamoneta e i depositi creati dalle banche che esercitavano la loro attività con riserva frazionaria. Per maggiori informazioni si consulti, Murray N. Rothbard, *The Panic of 1819: Reactions and Policies*, Columbia University Press, Nueva York y Londres, 1962, pp. 149 e la nota 52 delle pp. 231-232, così come la pagina 3 del libro di Murray Newton Rothbard, *The Mystery of Banking*, Richardson & Snyder, Nueva York, 1983.

²⁰ Il 13 febbraio del 1826 James Pennington afferma: "The book credits of a London banker, and the promissory notes of a country banker are essentially the same thing, that they are different forms of the same kind of credit; and that they are employed to perform the same function...both the one and the other are substitutes for a metallic currency and are susceptible of a considerable increase or diminution, without the corresponding enlargement or contraction of the basis on which they rest" en "On Private Banking Establishments of the Metropolis" e fu pubblicata come Appendice all'opera di Thomas Tooke, *A Letter to Lord Grenville; On the Effects Ascribed to the Resumption of Cash Payments on the Value of the Currency*, John Murray, Londres 1826 così come nella sua *History of Prices and of the State of the Circulation from 1793-1837*, Longman, Londres 1838, vol. II, pp. 369 e 374. La traduzione della citazione di Pennington potrebbe essere la seguente: "I depositi annotati nel libro di un banchiere di Londra e le banconote di cartamoneta emesse da un banchiere di provincias sono esattamente la stessa identica cosa, poiché non sono altro che diverse forme in cui si materializza lo stesso tipo di credito; ed entrambi svolgono la stessa funzione ... l'uno e l'altro sono dei sostituti del denaro in contanti e sono suscettibili di un possibile e notevole aumento o diminuzione, senza che si produca il corrispondente aumento o diminuzione della base sulla quale essi si basano", tutto ciò lo cita Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, Unión Editorial, Madrid, 2002, seconda edizione, cap. VIII, p. 486-487.

²¹ Mentre, Albert Gallatin esprime in maniera molto più didattica il diretto rapporto tra i depositi e le banconote bancarie della seguente maniera: "the credits in current accounts or deposits of our banks are also in their origin and effect perfectly assimilated to bank-notes, and we cannot therefore but consider the aggregate amount of credits payable on demand standing on the books of the several banks as being part of the currency of the United States", in *Considerations on the Currency and Banking System of the United States*, Carey & Lea, Philadelphia 1831, p. 31. La citazione del testo potrebbe essere tradotta nella seguente maniera: "I crediti nei conti correnti o i depositi delle nostre banche sono, per la loro origine e per i loro effetti, perfettamente assimilabili alle banconote bancarie, pertanto, la somma aggiunta di tutti questi, secondo i dati delle banche esistenti, è parte del denaro degli Stati Uniti".

legge bancaria di Peel stabilisce un coefficiente di cassa di riserva frazionaria del cento per cento solamente per l'emissione della carta moneta, però trascura lo stesso requisito per l'emissione dei depositi a vista poiché, come se n'è anteriormente parlato, i teorici dell'epoca non capirono che i depositi a vista fanno parte della massa monetaria dell'identica forma che le banconote bancarie²².

Inoltre, in secondo luogo, Ludwig von Mises evidenzia un secondo gran errore: la creazione del Banco di Inghilterra. Questo errore suppone la concessione di un privilegio alla banca privata più grande di Inghilterra affinché agisca come mutuante d'ultima istanza - *lender of last resort* -, cioè, la formazione di un organo di pianificazione centrale denominato banca centrale. Purtroppo, tutto il prestigio e il sostegno dei cittadini alla legge bancaria di Peel sfumò completamente poiché si continuarono a sperimentare ricorrenti cicli economici e crisi finanziarie. In realtà, i banchieri privati smisero di emettere banconote senza copertura - oro - senza un coefficiente di cassa di riserva frazionaria del cento per cento, ma dedicarono i loro sforzi a continuare lo stesso affare attraverso l'emissione di depositi a vista. Come era da aspettarsi, i cicli economici non smisero di sperimentare e i banchieri insolventi reclamarono che si salvasse la banca privata inglese -*bail out*- che causò la sospensione temporale della legge bancaria di Peel affinché il Banco di Inghilterra potesse emettere i *pounds* - sterline di cartamoneta - senza la copertura del cento per cento in oro e, così, prestarlo a quei banchieri privati e così evitare le continue e costanti ritirate dei loro depositi²³. Lo standard monetario scelto dal punto di vista evolutivo dalla società era

²² Le misure più comuni della massa monetaria sono la M1, M2, M3 o, nel mondo anglossassone, inoltre, bisogna aggiungere la famosa misura della massa monetaria anglossassone nota come Money Zero Maturity (MZM). Bisogna, inoltre, affermare che l'annesso monetario che rappresenta il denaro in contanti e la moneta frazionata della massa monetaria globale comprende un 8,9% nel luglio del 2013 in tutta la zona euro. Il resto della massa monetaria sono semplici annotazioni contabili "virtuali" che secolarmente e accumulatamente il sistema bancario ha effettuato fino al giorno d'oggi. Per saperne di più, si consulti il cuadro 1.4. (elaborazione propria della percentuale previamente citata) in *Síntesis de indicadores económicos (Informe Trimestral)*, Ministerio de Economía y Competitividad, Centro de Publicaciones, Madrid, Septiembre 2013, cap. I, p. 8.

²³ Murray Newtown Rothbard segnala il grande interesse della banca privata nella creazione della Riserva Federale Americana -e di ogni banco centrale- e la logica insolvenza di qualsiasi sistema finanziario basato su un coefficiente di riserva frazionaria per rispondere al ritiro dei depositi. Rothbard espone así: "J. P. Morgan's fondness for a central bank was heightened by the memory of the fact that the bank of which his father Junius was junior partner—the London firm of George Peabody and Company—was saved from bankruptcy in the Panic of 1857 by an emergency credit from the Bank of England. The elder Morgan took over the firm upon Peabody's retirement, and its name was changed to J. S. Morgan and

l'oro e, dunque, la creazione di semplici sterline di cartamoneta ha costretto ad esigere come mezzo di pagamento le sterline di cartamoneta emesse dal Banco di Inghilterra, quindi, vengono introdotte le note leggi di corso legale o forzoso. Perciò, un buon riassunto degli eventi avvenuti a causa di questi errori storici e teorici sorti dalla legge bancaria di Peel del 1884 sono i seguenti: 1°- La legge bancaria di Peel genera un errore poiché elude di esigere un coefficiente di cassa di riserva frazionaria del cento per cento in oro per l'emissione di depositi e anche dell'emissione di banconote di cartamoneta, 2°- la creazione di un mutante d'ultima istanza - il Banco d'Inghilterra - che diventerà il banco centrale, 3°- le banche private continuano con il loro processo d'espansione creditizia mediante la creazione di mezzi di pagamento finanziario - depositi a vista - che producono un aumento della massa monetaria, 4°- l'entrata di leggi di corso legale o forzoso per accettare le sterline di carta - banconote di cartamoneta - senza la copertura dell'oro al cento per cento e così portare a termine il salvataggio del sistema finanziario inglese, 5°- i corrispondenti elementi scatenanti: crisi finanziaria, recessione economica e crisi budgetaria e 6°- infine, l'ulteriore uscita o abbandono dello standard monetario per impiantare un modello semplicemente fiduciario.

Inoltre, il contesto storico della rivoluzione industriale fece in modo che il sistema finanziario e bancario inglese plasmato dalla legge bancaria di Peel venisse copiato dalla maggioranza degli stati e, quindi, che essi commettessero gli stessi errori teorici di

Company See Ron Chernow, *The House of Morgan* (New York: Atlantic Monthly Press, 1990), pp. 11-12, citato in Murray Newton Rothbard, *The Case Against the Fed*, The Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama, 1994, p. 93, nota 22 a piè di pagina e in Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, Unión Editorial, Madrid, 2002, seconda edizione, cap. III, p. 122. Allo stesso tempo, i banchieri -depositari si vedono oberati di fronte alle massicce richieste di ritirate dei depositi in un sistema finanziario che non rispetta i principi generali del diritto per quanto riguarda il contratto giuridico di deposito, cioè, un coefficiente di cassa al cento per cento. Secondo Ron Chernow, il banchiere John Pierpont Morgan decise di formare un comitato di giovani banchieri per analizzare il panico finanziario dell'epoca e, specialmente, effettuare l'auditing dei conti di *Knickerbocker Trust* dopo il crollo storico del prezzo delle sue azioni. Il crollo del prezzo delle sue azioni generò una notevolissima preoccupazione nei diciotto mila depositanti che si collocarono di fronte alla banca per entrare e svuotare i loro rispettivi conti correnti e i loro depositi a vista. Da parte sua, John Pierpont Morgan comunicò la scoraggiante risposta a Charles Barney, Presidente del *Knickerbocker Trust* con le seguenti parole: "I can't go on being everybody's goat", alle quali aggiunse "I've got to stop somewhere". Essendo trascorse delle settimane e dopo la triste notizia comunicata da John Pierpont Morgan, il Presidente della *Knickerbocker Trust* Charles Barney decise di suicidarsi, un atto drammatico che ne produsse degli altri in un'ondata di suicidi tra i banchieri, Ron Chernow, *The House of Morgan: An American Banking Dynasty and the Rise of Modern Finance*, Grove Press, New York, 2001, Part 1, p. 123.

questa legge con le conseguenti conseguenze finanziarie ed economiche che si sono sofferte nel mondo occidentale fino ai nostri giorni, purtroppo. Così, lo storiografo Rondon Cameron sottolinea questa idea: L'Inghilterra si merita il posto d'onore in questo studio non soltanto per essere stato il paese della classica "Rivoluzione Industriale", bensì anche per l'influenza mondiale delle sue istituzioni e della sua politica finanziaria. Durante il suo sviluppo, i sistemi finanziari, monetari e bancari dell'Inghilterra furono sottomessi a uno scrutinio e a dibattito pubblico come non è mai avvenuto in nessun altro stato²⁴. Per questo motivo, un sistema bancario di riserva frazionaria richiede sempre l'esistenza di una banca centrale per garantire la liquidità di ogni sistema finanziario e bancario nel momento in cui ciò sia necessario. Le conseguenze di questi errori teorici commessi nella legge bancaria di Peel hanno prodotto e continuano a causare un dolore sociale ed economico atroce ancor oggi. Purtroppo, le banche centrali continuano a manipolare il denaro - come dei direttori d'orchestra dell'espansione creditizia -, i governi scoprono la pietra filosofale per finanziare le loro faraoniche opere, guerre, genocidi, comprare voti, tutto ciò accompagnato tramite il menzionato processo giuridico ed economico di creazione contabile nominato anteriormente. Insomma, questo processo di espansione creditizia risulta totalmente letale poiché ha origine nell'iniezione di denaro sotto forma di prestiti che colpisce l'economia reale inducendola ad errori sistematici di investimento che prima o poi sboccheranno in una crisi finanziaria, recessione economica e la conseguenziale crisi budgetaria²⁵.

²⁴ Rondon Cameron, *La banca en las primeras etapas de la industrialización*, tradotto da Dámaso Álvarez Monteagudo, riveduto e indice da Pedro Tedde de Lorca, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, cap. II, p. 31.

²⁵ La teoria del capitale è imprescindibile per capire qual è il rapporto esistente tra la realtà ed il sistema monetario dell'economía, ciò rappresenta uno dei pilastri essenziali della citata Teoría Austríaca o del Crédito Circulatorio del Ciclo Económico. Si possono consultare i seguenti riferimenti bibliografici: F.A. Hayek, "The Maintenance of Capital" (*Economica*, II Agosto 1934), pubblicato in *Profits, Interest and Investment and other Essays on the Theory of Industrial Fluctuations*, Augustus M. Kelly, Nueva Jersey 1979 (1ª. edizione di George Routledge & Sons, Londres 1939); Ludwig von Mises, *La teoría del dinero y del crédito*, Unión Editorial, Madrid, 2012 e infine l'opera fondamentale di Eugen von Böhm-Bawerk intitolata *Teoría positiva del capital*, introduzione e commenti di José Antonio di Aguirre, Ediciones Aosta/Unión Editorial, Madrid, 1998.

CAPÍTULO METODOLÓGICO

1

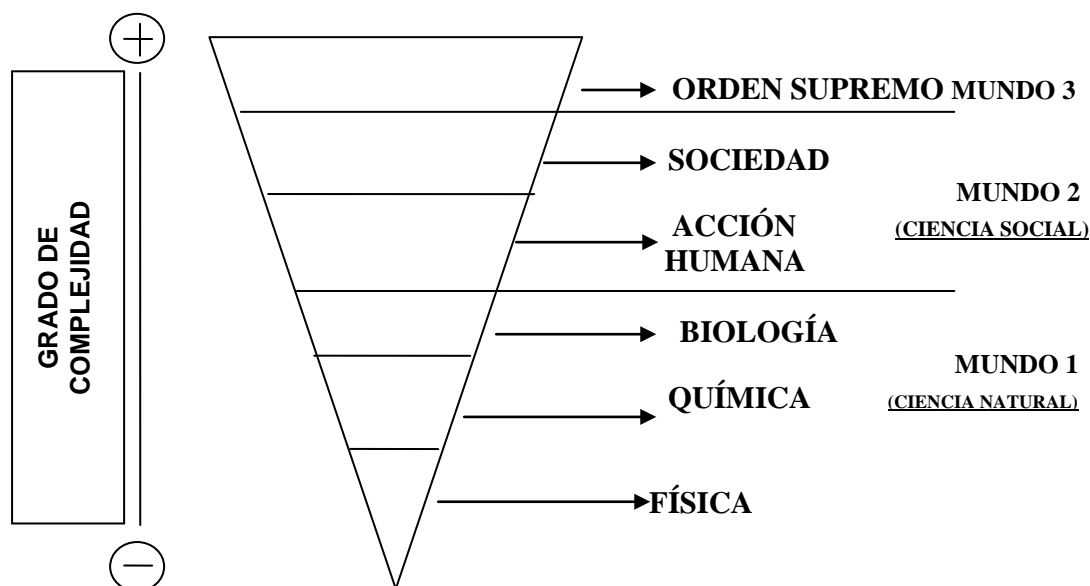
PROBLEMAS EPISTEMOLÓGICOS DE LAS CIENCIAS DE LA ACCIÓN HUMANA

Antes de estudiar el contenido teórico, histórico y ético del *contrato jurídico de depósito irregular de dinero* es preciso indicar el modo de aproximación específico de las ciencias sociales propio de este trabajo (economía, derecho, filosofía, política, psicología, ciencia política, etc.) respecto a las ciencias naturales (física, química y biología). Este primer apartado de carácter metodológico-epistemológico pretende establecer las diferencias existentes²⁶ entre el mundo de las ciencias sociales donde los protagonistas son personas de carne y hueso dotados de una innata capacidad creativa y empresarial y, por contra, el diferente modo de aproximación al estudio de las ciencias naturales donde los objetos de investigación son entes inanimados que carecen de alma del mundo exterior. En este sentido, el teórico multidisciplinar y premio de economía Friedrich August von Hayek -quizás el discípulo más brillante del afamado economista Ludwig von Mises- realizó una aportación notable en el campo de la psicología teórica y epistemológica conocido como la “Hipótesis de Hayek sobre la clasificación jerárquica de los órdenes o fenómenos según su grado de complejidad” y desarrollada en un libro titulado *El orden sensorial*²⁷. La hipótesis desarrollada por Hayek se puede visualizar gráficamente del siguiente modo:

²⁶ Friedrich August von Hayek explica que “Nuestro problema se ha tratado en el pasado bajo el título tradicional de la “relación” entre mente y cuerpo, o entre acontecimientos mentales y acontecimientos físicos”, Friedrich August von Hayek, *El orden sensorial*, segunda edición, prólogo de Joaquín M. Fuster, Unión Editorial, Madrid, 2011, cap. I, p. 43.

²⁷ F.A. Hayek, *El orden sensorial*, segunda edición, prólogo de Joaquín M. Fuster, Unión Editorial, Madrid, 2011.

Hipótesis de Hayek sobre la clasificación jerárquica de los órdenes o fenómenos según su grado de complejidad



Esta pirámide invertida desarrolla los diferentes órdenes o fenómenos según su grado de complejidad, suponiendo que el vértice situado en la parte inferior de la pirámide comprende el orden o fenómeno menos complejo hasta llegar hacia la parte superior de ésta donde se evidencia órdenes o fenómenos con un grado de complejidad más grande. La parte de la derecha recoge los diversos tipos de conocimientos conforme su objeto de investigación. Así, pues, la hipótesis de Hayek comienza la clasificación²⁸ de aquellos órdenes o fenómenos menos complejos: la ciencia física, la química y posteriormente la biología. Cada orden superior se va apoyando en un orden inferior y así sucesivamente. Aquellos órdenes que estudian la física, la química y la biología -las ciencias naturales- se denominan mundo “1” que son fenómenos más simples, siempre aceptando su diferente grado de complejidad que los científicos de la naturaleza estudian. Posteriormente, en la parte superior de la pirámide, se estudian órdenes infinitamente

²⁸ F.A. Hayek, *El orden sensorial*, prólogo de Joaquín M. Fuster, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2011, cap. I, pp. 45-53. Más concretamente F.A. Hayek expone que “Ahora bien, en realidad, existen al menos dos órdenes distintos dentro de los cuales ordenamos y clasificamos los objetos del mundo que nos rodea [...]: por un lado, como mundo subjetivo, sensorial, sensible, perceptivo, familiar, conductista o fenoménico; por otro, como objetivo, científico, “geográfico”, físico, o algunas veces “constructivista”, F.A. Hayek, *El orden sensorial*, segunda edición, prólogo de Joaquín M. Fuster, Unión Editorial, Madrid, 2011, cap. I, pp. 46 y 47.

más complejos: de hecho, según F. A. Hayek²⁹, el orden espontáneo del mercado -o la sociedad³⁰- es el fenómeno más complejo que existe en el universo para el ser humano. El estudio de estos órdenes se centra en el mundo “2” que estudia la acción humana, las relaciones entre los individuos y la sociedad y, en un estadio más avanzado, a las diferentes instituciones sociales-evolutivas surgidas de modo espontáneo y no deliberado (derecho, lenguaje, dinero, familia, mercado, contabilidad, etc.). Todavía cabría concebir órdenes o fenómenos superiores más complejos que el mundo “2” (ciencia social) al cual se puede calificar como orden supremo o incluso un ente hipotético llamado *Dios*. Este orden está situado en el mundo “3” y supera a la acción humana en mucho aunque se queda hipotéticamente reseñado en esa posición.

La Hipótesis de F.A. Hayek y el Orden Sensorial

El economista de la escuela austríaca F.A. Hayek señala³¹ que un orden o fenómeno puede llegar a entender, comprender, explicar o dar cuenta de órdenes más sencillos o menos complejos que sí mismo pero no será capaz jamás de explicarse o darse cuenta de sí mismo como tampoco interpretar o informar de órdenes más complejos que el

²⁹ F.A. Hayek, “La teoría de los fenómenos complejos”, *Estudios públicos*, nº2, 1981, p. 104, originalmente este trabajo apareció bajo el título “The Theory of Complex Phenomena” en el volumen *The Critical Approach to Science and Philosophy. Essays in Honor of K. R. Popper*, editado por M. Bunge, y publicado por MacMillan Publishing Co., Inc. (1964), quien autorizó su edición.

³⁰ El profesor Jesús Huerta de Soto entiende la sociedad “como un *proceso* (es decir, una estructura dinámica) de tipo *espontáneo*, es decir, no diseñado conscientemente por nadie; *muy complejo*, pues está constituido por miles de millones de personas con una casi infinita variedad de objetivos, gustos, valoraciones y conocimientos prácticos; de *interacciones humanas* (que básicamente son relaciones de intercambio que en muchas ocasiones se plasman en *precios* monetarios y siempre se efectúan según unas normas, hábitos o pautas de conducta); movidas todas ellas por la *fuerza de la función empresarial*; que constantemente *crea, descubre y transmite* información sobre fines y medios, *ajustando y coordinando* de forma *competitiva* los planes contradictorios de los individuos; y haciendo posible *la vida* en común de todos ellos con un número y una complejidad y riqueza de matices y elementos cada vez mayores”, Jesús Huerta de Soto, *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2001, cap. II, pp. 84-85.

³¹ F.A. Hayek dice así: “La proposición que intentaremos establecer es que cualquier aparato de clasificación debe poseer una estructura de un grado de complejidad superior a la que poseen los objetos que clasifica; y que, por tanto, la capacidad de cualquier agente explicativo está necesariamente circunscrita a objetos dotados de una estructura con un grado de complejidad menor que el suyo. Si esto es así, quiere decirse que ningún agente explicativo puede nunca explicar objetos de su misma clase, o de su mismo grado de complejidad, y que, por tanto, el cerebro humano nunca podrá explicar completamente sus propias operaciones”, F.A. Hayek, *El orden sensorial*, prólogo de Joaquín M. Fuster, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2011, cap. VIII, p. 307, punto 8.69. De hecho, en base a esta proposición de F.A. Hayek, todas las técnicas de auto reproducción y programas de inteligencia artificial están condenadas al más absoluto fracaso.

propio orden. Un orden o fenómeno se entiende como una red o estructura de elementos y categorías que puede subsumir, integrar o entender una estructura u orden de una categoría más sencilla con menos elementos y categorías menos complejas que la del orden o fenómeno anterior. Sin embargo, no cabe concebir que determinado orden o categoría de menor complejidad subsuma o dé cuenta dentro de sí mismo al propio orden o a órdenes con un grado de complejidad más elevado. Por ejemplo, la comprensión de la ciencia química presupone el conocimiento de órdenes más sencillos como es la física o, por otro lado, la ciencia biológica conlleva el conocimiento de la química y la física. Por tanto, no es posible que la ciencia física dé cuenta o explique fenómenos u órdenes más complejos (mundo de la ciencia social) sino al revés, que la ciencia biológica dé explicaciones de fenómenos u órdenes más sencillos, a saber, la ciencia física y la ciencia química. Igualmente la acción humana -o mejor dicho la mente humana- puede explicar o dar cuenta de fenómenos más sencillos como son la biología, química y física pero encuentra explicarse a sí misma con mucha más dificultad y aún más respecto a aquellos órdenes superiores como son la sociedad o las diferentes instituciones sociales-evolutivas (derecho, lenguaje, dinero, etc.).

De acuerdo con F.A. Hayek, nuestra mente puede describirse como una estructura de categorías y elementos conceptuales relacionados entre sí con un determinado grado de complejidad inmenso, sostenido por ciento cincuenta mil millones de neuronas que recoge, crea y relaciona imágenes, memoria e información en nuestro cerebro. El mero hecho de no poder comprender órdenes o fenómenos superiores al de nuestra mente induce a muchas personas a entender que no hay nada más allá de nuestra mente, es decir, de lo que se puede analizar o comprender. Esta posición es sumamente temeraria puesto que la primera obligación de un científico es reconocer humildemente los límites de su propia mente luego esto exige dejar la posibilidad abierta de que haya órdenes con grado de complejidad superiores tal que no podamos comprender y, a efectos prácticos, es como si no existieran ¿Esto significa que no podamos llegar a saber -que no entender, explicar o dar cuenta- de órdenes o fenómenos con un grado de complejidad superior al de nuestra mente? Aún reconociendo el límite de nuestra mente a comprender cierto tipo de órdenes, existe una posibilidad llamada “*revelación*”. Esta hipótesis supone que no existe ninguna manera de entender el orden o fenómeno complejo superior al de

nuestra propia mente ya que, al final, en cierto modo, nos lo tenemos que creer a través de la revelación. En resumen:

- En primer lugar, el grado de complejidad de nuestra mente no puede dar cuenta ni entender de sí mismo ni de ningún orden complejo superior.
- En segundo lugar, cualquier científico humilde debe reconocer los límites propios de su propia mente y no debe cerrarse a conocimientos que se les escapa por definición.
- En tercer lugar, se puede llegar a entender un orden de complejidad mayor aunque esto pase necesariamente mediante la existencia de una revelación, esto es, *la realización de un acto de fe*.

La conclusión de la Hipótesis de Hayek: la crítica al determinismo materialista

La cuestión final planteada por F.A. Hayek es la siguiente: ¿Cuál sería el flujo o la dirección relacional presente entre los diferentes órdenes señalados en la pirámide invertida de Hayek previamente? ¿Estos órdenes tienen una relación de abajo a arriba o de arriba a abajo? Si se entiende que la relación de los órdenes fluye de abajo a arriba, esto significa que las reacciones físicas, químicas y biológicas determinan el comportamiento de los seres humanos, de la sociedad y, al final, en suma, del mundo entero. Estos teóricos se llaman *deterministas* o *materialistas*. Según esta escuela de pensamiento, los órdenes más simples son los que determinan los comportamientos de los individuos, y en sentido más extenso, del propio *cosmos*. Sin embargo, según Hayek, los fenómenos complejos son los que determinan, crean y explican los órdenes menos complejos, a saber, la relación de los órdenes mencionados anteriormente se organiza de arriba a abajo. Las conclusiones de los *deterministas* o *materialistas* son extremadamente peligrosas³² y cuanto menos desesperanzadoras ya que implica que

³² F.A. Hayek indica que “Una teoría que se limita a concebir la mente como un orden particular de acontecimientos, distinto del orden de acontecimientos que encontramos en el mundo físico, pero determinado por fuerzas del mismo tipo que las que gobiernan el mundo físico, es realmente la única

todo comportamiento humano está determinado por cualquier acto del mundo “1” - ciencias naturales- y de los estímulos del mundo exterior. Es curioso que la aplicación del determinismo materialista al propio determinismo materialista sugiera que la filosofía del determinismo materialista esté prefijada o determinada por meros estímulos externos a través de simples reacciones físicas, químicas o biológicas. No cabe duda de que la asunción del determinismo materialista elimina el factor del libre albedrío y la característica esencial e innata creadora del ser humano es suprimida por completo. Por contra, el mundo de la acción humana es un mundo de creatividad empresarial, generación de información e ideas que habían pasado desapercibidas anteriormente, es decir, la necesaria existencia de un mundo interior espiritual. Un mundo determinista o materialista (donde además, desde un punto de vista filosófico no tiene ningún criterio según su propio axioma) es un espacio en el cual el ser humano se hace invisible, se abstrae, un mundo *malthusiano*, protagonizado por robots o meros pingüinos que es la concepción estática esencial de la metodología general de las ciencias sociales -sea en el campo de la economía o del derecho-. En contraposición, la concepción de F.A. Hayek y de Ludwig von Mises representa el estudio del mundo del espíritu y de las ideas creativas propias del ser humano, basado en un esquema de fenómenos complejos que dan cuenta de fenómenos más sencillos. Esta concepción facilita una comprensión dinámica de la sociedad y del mercado en donde el ser humano posee una naturaleza creativa dotada de una innata habilidad para descubrir multitud de fines y medios sin restricciones del mundo exterior que cambian continuamente gracias a la creatividad del individuo.

teoría que no es materialista”, F.A. Hayek, *El orden sensorial*, prólogo de Joaquín M. Fuster, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2011, cap. VIII, pp. 295-296.

Diferencias metodológicas entre las ciencias naturales y las ciencias sociales

	Mundo 1 (Ciencias Naturales)	Mundo 2 (Ciencias de la Acción Humana)
1	Las ciencias naturales estudian fenómenos relativamente sencillos	Las ciencias de la acción humana estudian fenómenos relativamente complejos
2	El objeto de investigación de las ciencias naturales son cosas materiales e inanimadas	El objeto de investigación de las ciencias sociales son ideas de los seres humanos sobre sus fines y medios
3	Las cosas -objeto de estudio de las ciencias de la naturaleza- son directamente observables en el mundo exterior	Las ideas -objeto de estudio de las ciencias de la acción humana- no son directamente observables en el mundo exterior pues tan sólo cabe interpretarlas en su contexto histórico y geográfico determinado, siempre que se dispone de una teoría previa que permita su interpretación
4	El mundo de la ciencia natural está caracterizado por relaciones constantes entre los fenómenos, es decir, conforme los fenómenos u órdenes son más complejos las constantes no son absolutas sino probabilísticas	El mundo de la ciencia social -de la ciencia de la acción humana- no hay constantes. Todo es variable. El futuro es indefectiblemente incierto aunque disponga de la función empresarial y de múltiples instituciones sociales (lenguaje, moral, derecho, dinero, etc.).
		El mundo de la ciencia social conoce la causa última de los fenómenos: la propia Acción Humana (punto de partida,

5	En el mundo de las ciencias naturales no se conocen las causas últimas de los fenómenos ³³	presupuesto irreductible y causa original de todos los fenómenos). Son relaciones genéticos-causales. Se conoce el origen de los fenómenos de la acción humana creativa que genera el resto de las leyes.
---	---	---

Las conclusiones de este análisis son dobles respecto al mundo de las ciencias sociales y las ciencias naturales³⁴; en efecto, el mundo de las ciencias sociales se encuentra en una relación de superioridad y de inferioridad al mismo tiempo respecto al mundo de las ciencias naturales. Por un lado, el mundo de las ciencias sociales se halla en una relación de inferioridad a la hora de desarrollar nuestra disciplina -derecho, economía, filosofía- puesto que el objeto de investigación son ideas y, por tanto, no son directamente observables, medibles o constantes. No obstante, el mundo de las ciencias sociales se encuentra en una situación de superioridad en comparación al mundo de las ciencias naturales pues sí que se conoce la causa última, es decir, la acción humana dotada de unas relaciones genético-causales y unidireccionales. Además una característica especial del mundo de las ciencias sociales es que el estudio del mundo “2” permite que el hombre comparta la naturaleza del objeto de investigación observado y pueda ser estudiado por introspección.

³³ Como no saben cuáles son las causas últimas de los efectos, establecen caracteres de tipo funcional: $y=g(x)$ o $x=g(y)$. Una función es una correspondencia entre dos conjuntos: el conjunto original y el conjunto imagen.

³⁴ Véase el libro de F.A. Hayek, *La contrarrevolución de la ciencia*, Unión Editorial, Madrid, 2003, cap. I, epígrafes 1-4 principalmente, pp. 31-76.

Conceptos generales de Teoría e Historia

Las ciencias de la acción humana se divide en dos grandes ramas³⁵: la teoría y la historia. Por un lado, el concepto de teoría es definido como aquel estudio formal, abstracto, cualitativo y general de los procesos de interacción humana. Por otro lado, el concepto de historia se define como el estudio de los hechos del pasado que se refieren al pasado lejano (historia) o, por contraste, al pasado próximo (estructura: económica, jurídica³⁶, sociológica, etc.). Asimismo, bajo la más pura tradición aristotélica, Aristóteles realizó grandes aportaciones en el campo de epistemología distinguiendo dos conceptos: la materia y la forma. Desde la perspectiva aristotélica, el estudio de la forma de las interacciones humanas motivaría el concepto de teoría -ya sea económica, jurídica, filosófica, etc.-. Por otro lado, el estudio de la materia de las interacciones humanas da origen al estudio de la historia. Por consiguiente, forma y materia y teoría e historia son importantes para adquirir un conocimiento adecuado³⁷ de la propia realidad humana y de cualquier institución social que se vaya a analizar. En primer lugar, Carl Menger señala que no se debe caer en el error de no distinguir entre la teoría y la historia. En este sentido, el profesor Jesús Huerta de Soto indica que “distinta de la teoría es la *historia*, que estaría constituida por la "materia" (en su sentido aristotélico) que se concreta en los hechos empíricos de cada acontecimiento histórico, que tienen un carácter siempre contingente a las coordenadas de tiempo y lugar determinadas en que se producen. Para Carl Menger, ambas disciplinas, teoría e historia, forma y materia, son igualmente necesarias para conocer la realidad, pero niega en todo caso, y enfáticamente, que la teoría pueda extraerse de la historia. Más bien las relaciones entre una y otra son al revés, en el sentido de que la realidad empírica (es decir, la historia) sólo puede interpretarse, ordenarse y hacerse comprensible si es que se dispone de una

³⁵ Ludwig von Mises, *La Acción Humana*, séptima edición, Unión Editorial, Madrid, 2004, cap. II, p. 37.

³⁶ Antonio Hernández Gil, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, vol. II, Gráficas Uguina, Madrid, 1971, capítulos XII, XIII, XIV, XV, pp. 349-452

³⁷ Carl Menger, *El Método de las Ciencias Sociales*, estudio introductorio de Dario Antiseri, edición de Dario Antiseri y Juan Marcos de la Fuente, Unión Editorial, Madrid, 2006, cap. I, pp. 103-108.

teoría económica previa”³⁸. De este modo, ambas figuras epistemológicas son fundamentales pero, al mismo tiempo, radicalmente diferentes desde el punto de vista epistemológico. En segundo lugar, y no menos esencial, existe la imposibilidad de extraer leyes teóricas o formales a partir de un conocimiento histórico. En concreto, éste fue uno de los errores de los miembros de la Escuela Historicista Alemana como también de una gran cantidad de positivistas tanto en el campo de la teoría económica -economistas matemáticos- como en el campo del Derecho -positivistas-. Estos teóricos sociales suponen que mediante la producción de múltiples estudios históricos y contrastaciones empíricas se puede alcanzar conocimientos o leyes de tipo teórico. Como se verá en los siguientes epígrafes de este capítulo metodológico, las relaciones son completamente inversas y contrapuestas entre ambos tipos de aproximación epistemológico, esto es, la inviabilidad de extraer ningún conocimiento teórico de la historia sino, al contrario, sólo se puede estudiar la historia analizando los hechos del pasado³⁹ a través de una teoría previa con carácter autónomo e independiente. En opinión de Ludwig von Mises la teoría⁴⁰ es condición necesaria para efectuar un correcto estudio de la historia y es previa ya que permite analizar un conjunto de hechos y datos incompresibles para cualquier teórico social⁴¹. Los diferentes hechos sociales e

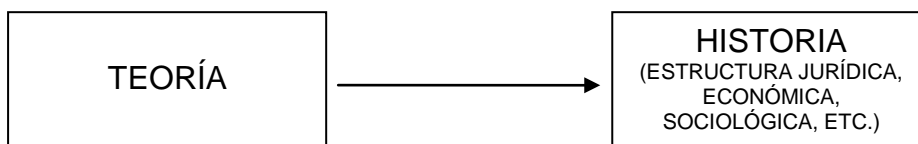
³⁸ Jesús Huerta de Soto, “Huerta de Soto sobre Menger” en *Libros de Economía y Empresa*, nº2, 2007, pp. 59-60.

³⁹ Karl Raimund Popper acuñó la frase “all facts are theory laden” -todos los hechos están cargados de teoría-. Por su parte Stephen Thornton expone que: “[Popper] argues that the Baconian/Newtonian insistence on the primacy of ‘pure’ observation, as the initial step in the formation of theories, is completely misguided: all observation is selective and theory-laden—there are no pure or theory-free observations”, en la entrada “Karl Popper”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/popper/>>. Véase igualmente su obra de referencia *Lógica de la investigación científica*, traducción por Víctor Sánchez de Zavala, Editorial Tecnos, Madrid, 1985.

⁴⁰ Ludwig von Mises, *La Acción Humana*, séptima edición, Unión Editorial, Madrid, 2004, cap. II, pp. 57-61.

⁴¹ Resulta interesante el paralelismo de los inicios de las carreras académicas entre Ludwig von Mises y Jesús Huerta de Soto. Ludwig von Mises inicia su carrera académica mediante un trabajo doctoral dedicado al movimiento de liberación de los campesinos en Galizia (Imperio Austro-Húngaro) hasta que conoce el libro de *Principios de Economía Política* de Carl Menger lo que provoca su cambio de investigación hacia el estudio de la teoría económica, véase la magnífica obra Jörg Guido-Hülsmann *Mises: The Last Knight of Liberalism*, Ludwig von Mises Institute, Auburn (Alabama), 2007, Parte I, pp. 61-74. De igual modo el profesor Jesús Huerta de Soto inició sus pasos académicos mediante una plaza de profesor Ayudante en el Departamento de Historia del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid patrocinada por los profesores Francisco Hernández Tejero (Catedrático de Derecho Romano) y Gustavo Villapalos Salas si bien parece que el profesor Huerta de Soto nunca llegó a tomar posesión de la misma, véase José Sánchez-Arcilla Bernal, “Una aportación a la Historia de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. El Departamento de Historia del Derecho (1967-2008)” en *Cuadernos de Historia del Derecho*, volumen extraordinario, 2010, pp. 583-645. Vemos, por tanto, la

históricos de tiempo y lugar correspondientes son complejísimos de analizar pues tratan sobre ideas o hechos ocurridos en el pasado que no pueden ser observables -ideas- porque el estudio de la historia no se observa sino que se interpreta.



Teoría e Historia: la necesidad de la comprensión

Ludwig von Mises aclara que el estudio de la historia requiere de un componente adicional, esto es, la comprensión⁴² -*verstehen* en alemán, *understanding* en inglés y *comprensión* en castellano-. La comprensión es el puente que permite aplicar la teoría pura, formal, sobre el complejísimo mundo de los hechos históricos del pasado. El historiador necesita una peculiar destreza y una habilidad especial mediante la cual sea capaz de discriminar qué eventos del pasado fueron más relevantes y qué aspectos tuvieron más influencia en los comportamientos de los individuos. Se puede entender la comprensión como un conocimiento que los historiadores van adquiriendo con la práctica acerca de la relevancia o la importancia de los diferentes factores que influyeron con toda su riqueza en el comportamiento de los seres humanos: juicios de valoración, circunstancias de tiempo y lugar, etc. Esto permite analizar que dos historiadores con el mismo bagaje teórico - tanto de formación como de imparcialidad- puedan llegar a una interpretación de los hechos históricos totalmente diferentes.

importancia ineludible de estudiar los procesos de formación teórica abstractos y formales antes que dedicarse a la historia misma en estos dos casos paradigmáticos.

⁴² Ludwig von Mises aclara que “La *comprensión* nos dice que un individuo o un grupo ha practicado determinada actuación surgida de precisas valoraciones y preferencias con el objeto de alcanzar ciertos fines, aplicando al efecto específicas enseñanzas técnicas, terapéuticas o praxeológicas. Además, la comprensión procura ponderar los efectos de mayor o menor trascendencia provocados por determinada actuación; es decir, aspira a constatar la importancia de cada acción, o sea, su peculiar influjo en el curso de los acontecimientos. Mediante la *comprensión* se aspira a analizar mentalmente aquellos fenómenos que ni la lógica, las matemáticas, la praxeología, ni las ciencias naturales permiten aclarar plenamente, prosiguiendo la investigación cuando ya dichas disciplinas no pueden prestar auxilio alguno. Sin embargo, nunca debe permitirse que aquella contradiga las enseñanzas de estas otras ramas del saber”, Ludwig von Mises, *La Acción Humana*, séptima edición, Unión Editorial, Madrid, 2004, cap. II, pp. 61 y especialmente las páginas 57-71.



La crítica al historicismo

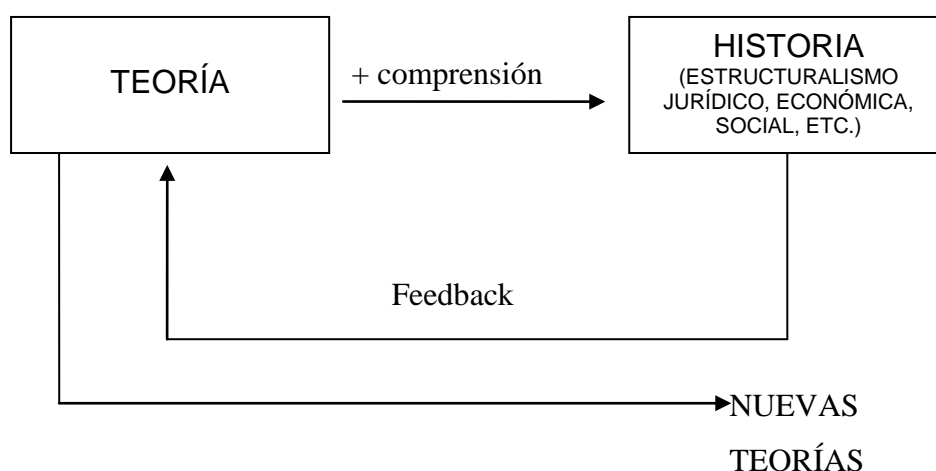
Como se ha señalado anteriormente, toda teoría es previa a la historia y de la historia no se puede extraer ninguna teoría en sentido formal y abstracto. No obstante, hay toda una escuela de teóricos que afirman que la historia es el único componente importante a analizar, es decir, una especie de laboratorio de experimentos históricos que obtiene leyes teóricas y formales por “inducción”. Este es uno de los errores cometidos por multitud de positivistas e historicistas de la Escuela Histórica Alemana⁴³ -encabezados por Gustav von Schmoller y discípulos- y que son legión para muchos juristas positivistas hoy en día. Sin embargo, aquellos teóricos que creen que del conocimiento histórico pueden extraer teoría (leyes formales y abstractas), están utilizando subrepticamente, y por debajo de la mesa, esquemas conceptuales de tipo teórico que no afloran nunca y erróneos en su mayoría. En conclusión, es necesario disponer de una teoría formal previa y analizar los hechos históricos de lugar y tiempo con este arsenal analítico posteriormente.

El método de las Ciencias Sociales: Teoría e Historia

El conocimiento histórico no es útil para extraer teorías aunque puede ayudar sobre qué problemas son más primordiales o tienen más relevancia en su análisis teórico. Por ejemplo, cabe realizar una teoría bajo los siguientes supuestos de hecho: el principio de la desutilidad del trabajo o también la importancia de la teoría de los ciclos económicos. Así, como se ha explicado, la historia no permite extraer teoría de ella pero sí facilita cierta orientación sobre aquellos problemas más urgentes o relevantes a la hora de enfocar los esfuerzos investigadores o aquellos supuestos de hecho que no han acaecido

⁴³ Véase esencialmente el libro segundo de Carl Menger, *El Método de las Ciencias Sociales* con un estudio introductorio de Dario Antiseri, edición de Dario Antiseri y Juan Marcos de la Fuente, Unión Editorial, Madrid, 2006, libro segundo, pp. 169-202.

todavía. A modo de ejemplo, Ludwig von Mises planteó el siguiente supuesto de hecho inimaginable; a saber, la desaparición del patrón oro y un nivel de intervención financiero y bancario absoluto - manipulación del dinero y de los tipos de interés- que daría lugar después a la Teoría Austríaca o del Crédito Circulatorio del Ciclo Económico. En el campo de la teoría económica, el conjunto de estudios que conforman la teoría y la historia ha sido denominado como Economía Aplicada o también Economía Política; igualmente, en el campo del Derecho a la teoría y a la historia se le denomina Teoría del Derecho.



El método de las Ciencias Sociales: Apriorístico-Deductivo, Leyes Universales e Individualismo Metodológico

El método de las ciencias sociales es esencialmente apriorístico-deductivo⁴⁴ que siempre nace de un axioma, esto es, un presupuesto irreductible. Este presupuesto irreductible o punto de partida de la teoría formal y abstracta es la acción humana inevitablemente. El soporte metodológico en el cual se construye el método de las ciencias sociales -entre ellas el Derecho- es la acción humana misma que no permite

⁴⁴ Ludwig von Mises comenta que: “La praxeología no es una ciencia histórica, sino teórica y sistemática. Su objeto es la acción humana como tal, con independencia de todas las circunstancias ambientales, accidentales e individuales de los actos concretos [...] Su veracidad o falsedad no puede ser contrastada mediante el recurso a acontecimientos ni experiencias. Lógica y temporalmente, son anteriores a cualquier comprensión de los hechos históricos. Constituyen obligado presupuesto para la aprehensión intelectual de los sucesos históricos. Sin su concurso, los acontecimientos se presentan ante el hombre en caleidoscópica diversidad e ininteligible desorden”, *La Acción Humana*, séptima edición, Unión Editorial, Madrid, 2004, cap. II, p. 39.

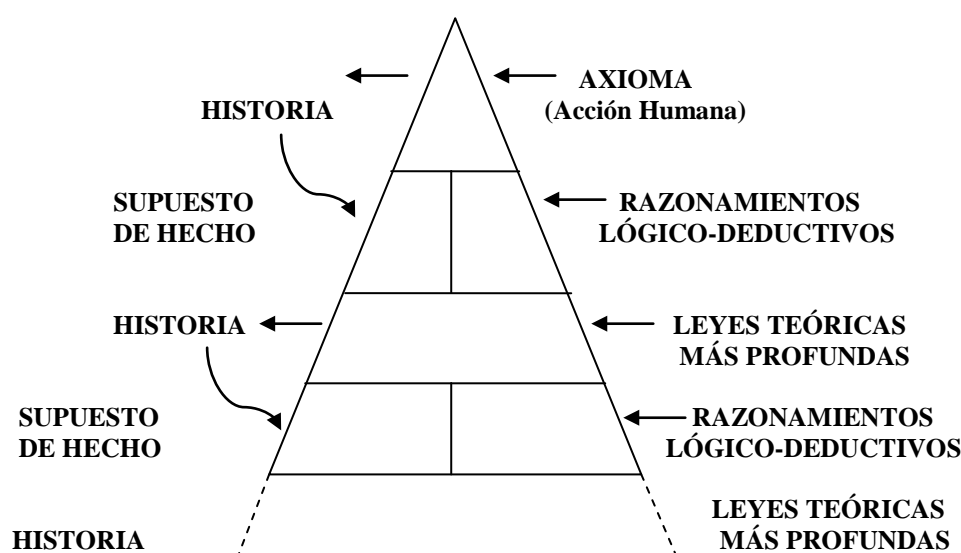
negarse a uno mismo sin auto contradecirse. Este es un concepto evidente y axiomático ya que por introspección y mediante la íntima experiencia de todos y cada uno de los seres humanos no cabe referir a ningún otro conocimiento a priori sobre el cual se construye el método de las ciencias sociales. Además, este tipo de conocimiento sobre la acción humana⁴⁵ no sólo es punto de partida sino que es la piedra angular de todo conocimiento teórico en sí mismo, si quiera embrionario, de partida o elemental, que permite interpretar algo de lo que sucede a nuestro alrededor, es decir, una interpretación primaria de la realidad histórica. El primer axioma (acción humana), como primer punto de partida, permite interpretar la historia aunque sea de forma tímida y muy elemental (p.e.: el bebe que llora para pedir auxilio, alimento, etc.). Por tanto, a partir de una realidad histórica analizada y gracias a una teoría previa, se reintroduce en forma de supuestos de hecho que se considera que pueden ser relevantes en el análisis y se obtiene leyes teóricas más profundas mediante una cadena de razonamientos lógicos-deductivos. Estas leyes teóricas y formales más profundas -como si fueran unas gafas teóricas- permiten al científico, a su vez, interpretar un volumen mucho mayor de fenómenos de la historia y, al mismo tiempo, selecciona aquellos supuestos de hecho que considera relevantes a través de un procedimiento lógico-deductivo para alcanzar leyes teóricas más profundas todavía y así con otros supuestos de hecho sucesivamente. Por otro lado las leyes teóricas resultantes -económicas, jurídicas, etc.- son apodícticas, es decir, tienen validez universal⁴⁶ en cualquier lugar del universo y en cualquier momento de la historia, siempre y cuando se den los supuestos de hecho de las mismas. Asimismo, el método de las ciencias sociales está basado en el individualismo metodológico⁴⁷ que tuvo un posicionamiento en contra de los positivistas e historicistas encabezado por Schmoller en sus primeros inicios. Carl Menger interpreta el método de

⁴⁵ Ludwig von Mises, *La Acción Humana*, séptima edición, Unión Editorial, Madrid, 2004, cap. II, pp. 77-83

⁴⁶ Ludwig von Mises explica que: “De ahí que la praxeología merezca el calificativo de humana un doble sentido. Lo es, en efecto, por cuanto sus teoremas, en el ámbito de los correspondientes presupuestos, aspiran a tener validez universal en relación con toda actuación humana. Y es humana igualmente porque sólo se interesa por la acción humana, desentendiéndose de las acciones que carezcan de tal condición, ya sean subhumanas o sobrehumanas”, *La Acción Humana*, séptima edición, Unión Editorial, Madrid, 2004, cap. II, p. 44.

⁴⁷ Véase la obra de de Carl Menger, *El Método de las Ciencias Sociales* con un estudio introductorio de Dario Antiseri, edición de Dario Antiseri y Juan Marcos de la Fuente, Unión Editorial, Madrid, 2006

las ciencias sociales como un *atomismo metodológico*⁴⁸ lo cual significa que toda construcción de cualquier rama o área de conocimiento de las ciencias sociales - economía, derecho, filosofía, ciencia política- ha de retrotraerse a la acción del ser humano como individuo. La acción humana individual es el punto de partida de todo conocimiento y toda ley teórica -jurídica, económica, filosófica- debe ser analizada y retrotraída hasta el punto previo de la acción humana individual. El centro del método de las ciencias sociales es el propio ser humano puesto que todo conocimiento derivado de éste adquiere un carácter sumamente humanista a partir de este análisis metodológico pues en palabras de F.A. Hayek: “No es exagerado afirmar que todo avance importante de la teoría económica en los últimos cien años ha consistido en una aplicación más intensa y consistente del subjetivismo”⁴⁹.



⁴⁸ Véase el capítulo VIII de Carl Menger, *El Método de las Ciencias Sociales*, estudio introductorio de Dario Antiseri, edición de Dario Antiseri y Juan Marcos de la Fuente, Unión Editorial, Madrid, 2006, pp. 161-166.

⁴⁹ F.A. Hayek, *La contrarrevolución de la ciencia*, Unión Editorial, Madrid, 2003, primera parte, epígrafe 3, p. 58.

Crítica al positivismo: el intento de aplicación del monismo metodológico

El positivismo, y la ingeniería social, han sido las grandes corrientes de pensamiento que han causado todos los conflictos, genocidios, guerras y desastres humanos durante todo el siglo XX indirectamente⁵⁰. F.A. Hayek identifica la corriente positivista como “cientismo” (*scientism*) al cual define como la indiscriminada e indebida aplicación del método de las ciencias naturales al método de la economía y de las ciencias sociales en general⁵¹. Luego, ¿cuáles son las razones por las cuales se quiere aplicar el método de la física, química o incluso biología -las ciencias naturales en general- al campo de la acción humana -las ciencias sociales- cuando la separación entre ambos mundos es tan evidente? Hay dos razones por las cuales muchos científicos sociales han caído en el positivismo:

- Primero: Tradicionalmente, los científicos sociales han tenido un complejo de inferioridad respecto a los científicos naturales. La inmediatez en los resultados y las contrastaciones empíricas propias de los científicos naturales ha sido objeto de envidia histórica por la gran mayoría de los científicos sociales que intentan modificar los comportamientos pautados e interrumpen el proceso de cooperación social espontánea mediante el poder del estado aplicando un método que no les es propio y actuando como meros “ingenieros sociales”. Cualquier conflicto, guerra o genocidio imaginable ha sido resultado de la aplicación indebida de ambos mundos entre las ciencias sociales y las ciencias naturales.
- Segundo: Otra razón latente es la permanente demanda social de seguridad para cubrir todas las necesidades del hombre a lo largo de todas las etapas vitales del ser humano. Esto provoca una rebelión en contra de una de nuestras características más especiales, esto es, la capacidad creativa y empresarial de cada individuo. Hay una petición política incansable de garantías, certidumbres,

⁵⁰ Jesús Huerta de Soto, “Método y crisis en la ciencia económica”, *Hacienda Pública Española*, número 74, 1982.

⁵¹ Véase los trabajos Friedrich August von Hayek, *La contrarrevolución de la ciencia: estudios sobre el abuso de la razón*, prólogo de Dario Antiseri, Unión Editorial, Madrid, 2003, cap. III, pp. 49-65.

decisiones por parte de la ciudadanía, en definitiva, hay una demanda de “ingenieros sociales” con el único objetivo de eliminar el proceso espontáneo de cooperación social. Además, aquellos seguidores del positivismo defienden un monismo metodológico⁵², esto es, la aplicación de un mismo método para las ciencias sociales y las ciencias naturales. La naturaleza de un único método científico para ambos mundos arrasa con cualquier diferencia entre los objetos de investigación de las ciencias sociales -el ser humano- y el objeto de investigación de las ciencias naturales -por ejemplo una bacteria-. No obstante, el monismo metodológico seguido por los positivistas encara con el dualismo metodológico ya que, como se ha explicado, ambas disciplinas metodológicas son completamente diversas: por un lado, las ciencias naturales y, por otro lado, las ciencias sociales. Muchos teóricos positivistas y científicistas no sólo argumentan a favor de un monismo metodológico -mismo método para las ciencias naturales y las ciencias sociales- sino también critican el método apriorístico lógico-deductivo propio de las ciencias sociales. Los monistas metodológicos observan que todo conocimiento axiomático *a priori* es pura metafísica (más allá de la física) puesto que entienden que la física es la única ciencia verdadera; ergo la metafísica es resultado de las investigaciones producidas por los aprioristas y, por consiguiente, es un conocimiento no teórico ni científico. Adicionalmente, los positivistas son deterministas y materialistas, a saber, el mundo de las ciencias naturales -órdenes relativamente poco complejos- determina el mundo de las ciencias sociales y espirituales -grado de complejidad mayor-. Un mundo determinista disputa el principio de libre albedrío lo cual significa que toda acción humana está determinada por meros estímulos del mundo exterior de tipo físico y primarios. Como se está

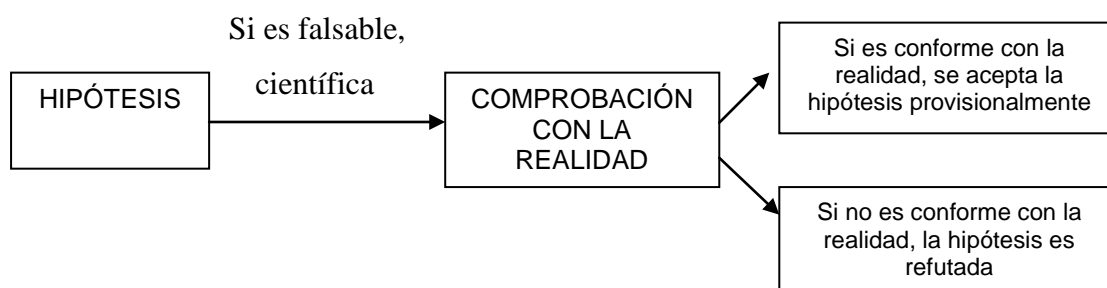
⁵² Véase especialmente el libro de Friedrich August von Hayek, *La contrarrevolución de la ciencia: estudios sobre el abuso de la razón*, prólogo de Dario Antiseri, Unión Editorial, Madrid, 2003, primera parte, pp. 31-149. Jesús Huerta de Soto explica que “En esta evolución del pensamiento económico tiene además mucho que ver el triunfo del panfiscalismo y del monismo metodológico inspirados por Schlick, Mach y el resto de los positivistas del denominado “Círculo de Viena”, que clamaban por aplicar el método de la Física con sus relaciones funcionales constantes y experimentos de laboratorio a todas las ciencias, incluyendo la economía. Este objetivo metodológico, que previamente Walras había declarado abrazar de manera explícita tras leer el tratado del físico Poincaré, fue también seguido de manera íntegra y sin matización alguna por Schumpeter, ya desde 1908, en su libro sobre la esencia y sustancia de la economía teórica (1908) en su libro *Sobre la esencia y sustancia de la economía teórica*”, *La Escuela Austríaca: Mercado y Creatividad Empresarial*, Editorial Síntesis, Madrid, 2000, cap. IV, pp. 98-99.

advirtiendo el debate metodológico en torno al estudio de las ciencias sociales - que por ejemplo comprende el estudio del Derecho y de la Economía- tiene consecuencias devastadoras para el proceso espontáneo de cooperación social.

Por tanto, se plantean dos hipótesis metodológicas: o es cierto, por un lado, que los seres humanos son como bacterias, manipulables por ingenieros sociales en el cual las relaciones de la física determinan la acción humana y el mundo espiritual o, por el contrario, es cierto el posicionamiento en el cual el individuo es intrínsecamente distinto a los entes u objetos del mundo de las ciencias naturales. En definitiva, el dualismo metodológico es una exigencia para tratar cualquier tema científico con un mínimo de rigor y, en sentido contrario, el positivismo, el consecuencialismo, la ingeniería social y el cientismo son errores gravísimos que han generado y siguen generando las más catastróficas consecuencias en el ámbito social teniendo en cuenta que el punto base no es un átomo sino individuos dotados de una innata y continua capacidad creativa.

Crítica al criterio de falsabilidad de Karl Raimund Popper

Karl Raimund Popper⁵³ (1902-1994) fue un filósofo -seguidor de la Escuela Austríaca de Economía- conocido por sus contribuciones a la filosofía de la ciencia. La contribución científica que ha adquirido carta de naturaleza entre teóricos positivistas y científicistas para legitimar un procedimiento acerca de la validez o no de las leyes teóricas es el *principio de demarcación*⁵⁴ auspiciado por K.R. Popper. El principio de demarcación de este filósofo de la ciencia se basa de la siguiente manera:



⁵³ K. R. Popper, *Lógica de la investigación científica*, traducción por Víctor Sánchez de Zavala, Editorial Tecnos, Madrid, 1985.

⁵⁴ K. R. Popper, *Lógica de la investigación científica*, traducción por Víctor Sánchez de Zavala, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, primera parte, cap. I, pp. 33-38.

El científico propone una hipótesis -algo que el actor cree que puede suceder- y contrasta con la realidad para ver si ésta es conforme a la hipótesis. Si la realidad es conforme a la hipótesis o supuesto de hecho, se acepta la hipótesis con criterios de provisionalidad, esto es, la hipótesis puede ser refutada en el futuro. Por contra, si la hipótesis no es conforme con la realidad, la hipótesis es refutada. Este procedimiento para testear si la hipótesis puede ser refutada o no conforme a la realidad se denomina la capacidad de que la hipótesis pueda ser *falsable*. Por tanto, el criterio de falsabilidad de una hipótesis determina el criterio científico de la hipótesis y, al contrario, aquellas hipótesis que no sean falsables no son científicas. La falsación o el criterio de falsabilidad propuesto K.R. Popper se fundamenta en la contrastación empírica (mediante laboratorio p.e.) y comprobar si los hechos de la realidad confirman o no la supuesta hipótesis planteada. Este es el criterio de validación y demarcación de todos los positivistas para confirmar si las hipótesis son científicas -sólo las falsables de acuerdo con K.R. Popper- mediante la contrastación empírica, esto es, acudir a la realidad y ver si es conforme o no con nuestra hipótesis. Por consiguiente, los positivistas caen en dos contradicciones lógicas inevitables si se efectúa una aplicación del criterio de falsabilidad de K.R. Popper conforme al principio de la ciencia natural. La primera contradicción subraya que los criterios de falsación -o verificación- no son verificables o falsables en sí mismos pues bajo el propio criterio de falsabilidad creado por Popper, todo el esquema mencionado previamente no puede ser falsable luego es metafísica -no científico según sus propios términos- y, por tanto, no tienen ningún valor. La segunda contradicción indica que la capacidad de falsación de una proposición o hipótesis científica para ver si es conforme y refutable exige dar sentido a la realidad pero, como se ha indicado previamente, no hay posibilidad de dar sentido a la realidad si no dispones de una hipótesis en términos teóricos, es decir, un marco teórico previo que sea cierto.

Crítica al positivismo jurídico

Una de las influencias más negativas para la ciencia jurídica ha sido el rol protagonizado por el positivismo jurídico durante las últimas décadas. Friedrich August von Hayek se refiere a la *fatal arrogancia*⁵⁵ de pensar que se puede moldear la sociedad al antojo del ingeniero social o del político de turno mediante simples mandatos - reglamentos específicos que ordenan hacer cosas concretas en circunstancias particulares- que no son leyes en sentido material, es decir, leyes que sean pocas, estables y generales. En este sentido el jurista Bruno Leoni señala⁵⁶ que las sociedades viven un continuo proceso de expansión legislativa -inflacionismo legislativo- para imponer objetivos políticos vía reglamentos que distorsiona el proceso espontáneo de cooperación social. El positivismo jurídico sostiene que cualquier disposición emanada del órgano de soberanía es legítima *per se*. Esta idea tiene su origen en Hans Kelsen y actúa de correa de transmisión de las decisiones democráticamente plasmadas a través de una “ley” en el parlamento. Esta corriente jurídica de pensamiento es esencialmente perjudicial pues de alguna forma legítima cualquier mandato por el mero hecho de tener forma de ley, independientemente de las consecuencias negativas en contra del propio proceso espontáneo de cooperación social. Ante esta posición hay dos modos de entender el Derecho: por un lado, el Derecho como orden espontáneo o consuetudinario-evolutivo que surge mediante un continuo descubrimiento a lo largo de un período muy dilatado de tiempo. Y, por otro lado, hay un enfoque iusnaturalista que entiende el derecho natural basado en la naturaleza del ser humano que es más o menos difícil de descubrir a los seres humanos según las lógicas limitaciones del mismo. El enfoque aportado en este trabajo sobre la figura del ***contrato jurídico del depósito irregular de dinero*** asume una posición ecléctica -al igual que el profesor Jesús Huerta de Soto- mediante un *enfoque iusnaturalista-evolutivo*; es decir, el ser humano tiene una

⁵⁵ Véase el libro de F.A. Hayek, *La fatal arrogancia: los errores del socialismo*, traducción de Luis Reig Albiol, Unión Editorial, Madrid, 2011.

⁵⁶ Bruno Leoni escribe lo siguiente: “La creciente importancia de la legislación en casi todos los sistemas legales del mundo es probablemente la característica más notable de nuestra era...Mientras que en los países anglosajones el derecho consuetudinario y los tribunales ordinarios de justicia están perdiendo constantemente terreno frente a la ley estatutaria y las autoridades administrativas, en los países continentales el derecho civil está sufriendo un proceso paralelo de sumersión como resultados de los miles de leyes que se acumulan cada año en las colecciones legislativas”, *La libertad y la ley*, Unión Editorial, Madrid, 2011, introducción, pp. 22 y 23.

naturaleza que informa a las normas del proceso espontáneo de cooperación social de modo objetivo y, al mismo tiempo, se va descubriendo el Derecho que funciona correctamente a lo largo de un proceso evolutivo-consuetudinario de prueba y error en el cual participan muchos seres humanos con un trabajo minucioso de exégesis y depuración. Finalmente, el jurista Bruno Leoni hacía una doble comparación⁵⁷: la ley en sentido material equivale al mercado y, por otro lado, la legislación arbitraria y masiva producida por los parlamentos y gobiernos cada día equivale al socialismo donde es imposible el cálculo económico con distorsión y caos.

Crítica al positivismo económico

Ahora se va a exponer las razones por las cuales es imposible aplicar el criterio de demarcación de la hipótesis falsable mediante la contrastación empírica al ámbito de las ciencias sociales y en particular de la ciencia económica⁵⁸ descrito en el punto anterior por K.R. Popper. Hay cuatro razones esenciales para no aplicar el citado criterio:

- Primero: Como ya se ha explicado los objetos de investigación de la economía son ideas que los seres humanos crean acerca de sus fines y medios y éstas no son observables directamente en el mundo exterior ya que sólo puede interpretarse a partir de una teoría previa. Además, los positivistas apuntan que hay una realidad exterior, objetiva, empírica observable mediante datos históricos que no se puede analizar sin tener una teoría previa desafortunadamente. La teoría será elaborada por otros procedimientos metodológicos distintos, a saber, los principios metodológicos que se está describiendo en este mismo capítulo.

⁵⁷ Bruno Leoni describe lo siguiente: “Por desgracia, no es ésta la única desventaja de la inflación actual del proceso legislativo. La legislación implica siempre una cierta coacción y una inevitable represión de los individuos sujetos a ella. El intento hecho en los últimos tiempos por algunos estudiosos para considerar las elecciones que los individuos hacen en su capacidad de miembros de un grupo facultado para decidir (tal como un distrito electoral o una asamblea), como equivalentes a las elecciones que los individuos hacen en otros campos de la acción humana (por ejemplo, en el mercado), no advierte que existe una diferencia fundamental entre dos tipos de elección”, *La libertad y la ley*, Unión Editorial, Madrid, 2011, Introducción, p. 30.

⁵⁸ A este respecto véase el interesante trabajo de Bruce Caldwell, “Of Positivism and the History of Economic Thought”, *Southern Economic Journal*, April 2013, vol. 79, no. 4, pp. 753-767.

- Segundo: Los fenómenos de la acción humana son fenómenos complejos que no se pueden aislar y no permiten experimentos de laboratorio en contraposición a aquellos fenómenos de las ciencias naturales. De este modo, las leyes económicas son *ceteris paribus* por lo que no pueden ser contrastadas empíricamente en una realidad que es cambiante de modo continuo y sin la posibilidad de paralizar cualquier acción humana (creatividad empresarial, pensamientos, información, gustos, descubrimientos, etc.).
- Tercero: El mundo de la acción humana y de las ciencias sociales no está dotado de constantes, ya que todos son variables y supuestos de hecho en continuo cambio. No hay relaciones funcionales, constancia como tampoco capacidad de medición.
- Cuarto: Muchos economistas matemáticos sólo pueden describir estados de equilibrio mientras que el mundo de la acción humana está en constante cambio.

La conclusión a la que se llega es que hay una incapacidad del método de la contrastación empírica al método de las ciencias sociales pues se debe aplicar el método propio de ésta, a saber, el método apriorístico-deductivo citado.

Teoría de la Ética Social

La ética es el tercer nivel de aproximación al estudio de la acción humana y, en general, al estudio de las ciencias sociales (el derecho entre ellas). Este nivel de aproximación es considerado como una ciencia normativa⁵⁹ -estudia el “deber ser”-, es decir, estudia las

⁵⁹ Aunque la teoría en las ciencias sociales haya sido denominada como una ciencia positiva que estudia la realidad sin juicios de valor -“lo que es”- generalmente, es común confundir que la teoría, como ciencia positiva, es una ciencia empírica: hay una confusión sobre “lo que es” y los hechos históricos acaecidos en el pasado próximo o lejano. Ludwig von Mises lo explica claramente: “Las enseñanzas en la praxeología [teoría] y de la economía son válidas para todo tipo de acción humana, independientemente de los motivos, causas y fines en que esta última se fundamente. Los juicios finales de valor y los fines últimos de la acción humana son hechos dados para cualquier forma de investigación científica y no se prestan a ningún análisis ulterior”, *La acción humana*, séptima edición, Unión Editorial, Madrid, 2004, cap. I, p. 27.

normas⁶⁰ que deben informar el comportamiento del individuo y de la sociedad. Aún así, y entendiendo que la teoría debe ser libre de juicios de valoración *-wertfreiheit*⁶¹-, el teórico social no puede enjuiciar los fines particulares de cada individuo. Sin embargo, las leyes formales y estudios teóricos son instrumentos muy útiles para construir posicionamientos en el campo de la ética social. El profesor Jesús Huerta de Soto sostiene que “la ciencia económica [entiéndase la teoría], aun siendo *wertfrei* o libre de juicios de valor, no sólo puede ayudar a tomar con más claridad posicionamientos de tipo ético, sino que además, y tal y como han demostrado Rothbard⁶², Robert Nozick⁶³, Hoppe⁶⁴ y Kirzner⁶⁵, puede hacer más fácil y seguro el razonamiento lógico-deductivo en el ámbito de la ética social”⁶⁶. A modo de ejemplo, gracias a la teoría, puede ser que aquel individuo reconsidere su posición ética y política respecto a temas concretos si observa que tal intervención estatal o gubernativa dificulta el propio proceso espontáneo de cooperación social. A este respecto muchos teóricos entienden que no es posible desarrollar una ética con validez universal y objetiva⁶⁷. El profesor Jesús Huerta de Soto

⁶⁰ Ludwig von Mises continúa afirmando que: “La posición de nuestra ciencia es totalmente neutral ante todo género de juicio valorativo y la elección de los fines últimos. La misión de la praxeología [teoría] no es aprobar ni condenar, sino describir la realidad”, *La acción humana*, séptima edición, Unión Editorial, Madrid, 2004, cap. I, p. 35.

⁶¹ Ludwig von Mises, *La Acción Humana*, séptima edición, Unión Editorial, Madrid, 2004, cap. II, p. 58.

⁶² Murray N. Rothbard, *La ética de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, 2009. Este autor defiende la posición *iusnaturalista* que se rige por la existencia de un derecho natural objetivo descubrible, conforme al ser humano y el único que hace posible el proceso espontáneo de cooperación social como base de un sistema capitalista.

⁶³ Robert Nozick, *Anarquía, estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996. Robert Nozick desarrolló una teoría objetiva de la ética social en términos parecidos a la argumentación desarrollada en el libro de *La ética de la libertad* de Murray Newton Rothbard.

⁶⁴ Véanse las obras de Hans Hermann Hoppe, *A theory of socialism and capitalism*, second edition, Ludwig von Mises Institute, Auburn Alabama, 2013 y *The economics and ethics of private property*, second edition, Ludwig von Mises Institute, Auburn Alabama, 2006. Este filósofo y economista parte del axioma habermasiano de que la argumentación entre los distintos seres humanos exige la aceptación implícita de la individualidad y del derecho de propiedad sobre el yo, nuestro ser y nuestro pensamiento, de donde él deduce lógicamente, a partir de este axioma, toda una fundamentación ética del derecho de propiedad y del capitalismo, citado en Jesús Huerta de Soto, *Nuevos estudios de economía política*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2007, cap. VIII, p. 198.

⁶⁵ Israel M. Kirzner, *Creatividad, capitalismo y justicia distributiva*, traducción de Federico Basáñez Agarrado, Unión Editorial, Madrid, 1995. Este economista, discípulo de Ludwig von Mises, ha sido capaz de replantear el concepto de justicia distributiva basado en el capitalismo, al demostrar que todo ser humano tiene derecho a apropiarse de los resultados de su propia creatividad empresarial.

⁶⁶ Jesús Huerta de Soto, *Nuevos estudios de economía política*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2007, cap. VIII, p. 198.

⁶⁷ El profesor Huerta de Soto expone que “En el desarrollo de esta extendida opinión ha pesado mucho la propia evolución de la ciencia social que, hasta ahora, ha estado obsesionada por el criterio de la maximación y ha venido considerando no sólo que los fines y medios de cada actor son subjetivos, sino que, además, los principios morales de comportamientos dependían también de la autonomía subjetiva de

señala que “no sólo es conveniente sino también perfectamente posible el desarrollo de toda una teoría científica sobre los principios morales que han de guiar el comportamiento humano y la interacción social que hacen posible el modelo espontáneo de cooperación social que es imprescindible para el desarrollo de la civilización”⁶⁸.

Conclusión: la Teoría de los Tres Niveles

Este trabajo doctoral de estudio acerca del *contrato jurídico del depósito irregular de dinero* pretende utilizar una metodología multidisciplinar mediante tres niveles distintos pero complementarios: un enfoque teórico, histórico-evolutivo y ético. En primer lugar, el *estudio de la teoría científica* libre de juicios de valor de los hechos sociales a nuestro alrededor ha sido señalado en este capítulo metodológico previamente. En segundo lugar, el *estudio histórico-evolutivo* consiste en interpretar los hechos del pasado en relación con la acción humana y analizar sus resultados y los diferentes comportamientos positivos o negativos del ser humano en la sociedad. Ambos enfoques se refuerzan: las conclusiones de la *teoría* -leyes de tendencia formal y abstracta- y el estudio histórico-evolutivo parece reforzar este método con mucha más claridad. Y, por último, habría un tercer nivel que supone la culminación de este círculo metodológico acerca de la aproximación al fenómeno jurídico del *contrato de depósito irregular de dinero*, esto es, el *estudio nivel ético* que determina si los comportamientos pautados del individuo son adecuados o no conforme a los principios generales, tradicionales y universales del derecho. En conclusión, la *teoría*, la *historia-evolutiva* y la *ética* son los tres niveles de aproximación a la ciencia social que, admitiendo sus diferencias de grado, son complementarios y se enriquecen mutuamente.

cada decisor. Y es que, sin en cada circunstancia puede decidirse *ad hoc* en base a un puro análisis de coste-beneficio, no es preciso que exista moral alguna entendida como un esquema pautado con carácter previo de comportamiento, por lo que ésta se desdibuja por completo y muy fácilmente puede llegar a considerarse que queda reducida al ámbito particular de la autonomía subjetiva de cada individuo”, Jesús Huerta de Soto, *Nuevos Estudios de Economía Política*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2007, cap. VIII, p. 197.

⁶⁸ Jesús Huerta de Soto, *Nuevos estudios de economía política*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2007, cap. VIII, p. 197.

Las Ciencias Sociales y la rebelión contra la razón. Tipos de racionalismo: exagerado, correcto y polilogismo

El racionalismo procede etimológicamente del término razón y es el instrumento más importante del cual dispone el ser humano para sacar adelante sus proyectos personales y vitales. La pérdida de la razón (p.e. alzhéimer) produce que el ser humano no actúe y permanezca desvalido totalmente. De mismo modo el reconocimiento de la importancia de la razón no significa un endiosamiento de la misma aunque muchos científicos sociales⁶⁹ lo hayan entendido así lamentablemente. De hecho se puede distinguir dos tipos de racionalismo:

- Primero: Hay un *racionalismo falso, erróneo, exagerado, no científico*. Este tipo de racionalismo consiste en suponer que la mente del ser humano es mucho más potente de lo que en realidad es. Esta hipótesis presume que la razón del hombre puede saber mucho más de lo que la razón humana puede llegar a conocer en realidad. Este racionalismo exagerado o erróneo constituye el fundamento o los cimientos del cientificismo⁷⁰ o del positivismo comentado en el anterior punto de este capítulo. Este el racionalismo exagerado o no científico ha alimentado la ingeniería social, la econometría⁷¹ y la estadística en el campo de las ciencias sociales y es la base del socialismo, del comunismo o de cualquier tipo de intervencionismo en el campo de la política. Aquellos racionalistas exagerados que endiosan la razón humana entienden que las instituciones humanas son imperfectas por la única razón de que han surgido evolutivamente y, por tanto, son susceptibles de mejorarse desde un órgano director de planificación central, para rediseñarse o modificarse deliberadamente según el antojo del hombre. Del

⁶⁹ Ludwig von Mises, *La acción humana*, séptima edición, Unión Editorial, Madrid, 2004, cap. III, pp. 87-90.

⁷⁰ F.A. Hayek, *La contrarrevolución de la ciencia*, prefacio de Dario Antiseri, Unión Editorial, Madrid, 2003, primera parte, pp. 77-127.

⁷¹ John J. Siegfried, "A first lesson in econometrics", *Journal of Political Economy*, Vol. 78, No. 6 (Nov. - Dec., 1970), 1378-1379 versión española publicada en John Siegfried, "Una Primera Lección de Econometría", en *Lecturas de Economía Política*, vol. 1, Unión Editorial, Madrid, 1986, pp. 35-36.

mismo modo este racionalismo exagerado se ha plasmado a través del positivismo jurídico en el ámbito del Derecho. Hans Kelsen, postulador del positivismo jurídico, afirmaba que es ley todo lo que emana de la soberanía popular por el parlamento. El planteamiento de estos tipos de teóricos racionalistas, exagerados y no científicos demuestra que cualquier problema científico se soluciona con esa fatal arrogancia científicista del racionalista exagerado emborrachado de su propia importancia. Sin lugar a dudas, se puede afirmar que todos los conflictos sociales, guerras, genocidios, tienen su origen en las consecuencias de este racionalismo exagerado, en procurar un mundo mejor desde arriba con mandatos coactivos a través del uso de la fuerza⁷².

- Segundo: Frente al racionalismo exagerado, hay otro tipo de racionalismo: el *racionalismo correcto*. Este tipo de racionalismo es un racionalismo *humilde* que reconoce los propios límites de la razón humana y los mecanismos de la cooperación social espontánea. Un racionalismo que denuncia el científicismo, el positivismo y reconoce que el ser humano se aprovecha y vive gracias a innumerables instituciones que no han sido creadas de forma deliberada sino que han surgido de forma espontánea -lenguaje, mercado, dinero, familia, derecho de propiedad, moral, contrato de compraventa, contrato de depósito, etc.- Este tipo de racionalismo humilde y correcto concibe que no cabe mejorar este tipo de instituciones sociales mediante mandatos coactivos desde órganos de planificación sin causar daños irreparables en la sociedad. En el campo del derecho, este racionalismo humilde o correcto es contrario al positivismo propugnado por el jurista *Hans Kelsen*, frente a la escuela del alemán *Savigny*⁷³ que comprende el derecho como un proceso evolutivo generado a lo largo de muchas generaciones. Incluso Hans Kelsen tuvo un debate sobre la codificación con un racionalista cartesiano llamado A.F.J. Thibaut que aseguraba que el único Derecho válido es aquel que está en el código napoleónico. De igual modo

⁷² Véase el trabajo de Jesús Huerta de Soto, *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2001, especialmente el capítulo III, pp. 87-155.

⁷³ Juan Antonio Martínez Muñoz, *El conocimiento jurídico*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2005, cap. XIII, especialmente las páginas 262-263.

hay racionalistas humildes como el conocido Charles de Secondat, barón de Montesquieu y, en el lado opuesto, peligrosos racionalistas exagerados ingleses como el economista Jeremy Bentham el cual fue un peligroso ingeniero social que intentaba medir las utilidades y los costes y beneficios de cualquier acción del ser humano. En definitiva, el racionalismo humilde o correcto reconoce los límites de la razón y, por tanto, es el adecuado para cualquier estudio de las ciencias sociales y, en este caso, del estudio del contrato jurídico de depósito irregular de dinero.

Una de las manifestaciones del ataque al racionalismo humilde, correcto es aquella procede del polilogismo⁷⁴. De acuerdo con Ludwig von Mises, el polilogismo es una doctrina según la cual la estructura lógica de la mente humana varía según:

- Primero: Según la clase social del ser humano que se trate; este primer tipo entiende que la estructura lógica de la mente de burgués es diferente a la de un trabajador o proletario. Se conoce como *polilogismo marxista*.
- Segundo: Según la raza: este segundo tipo comprende que la estructura lógica de la mente del ser humano es diferente según la raza: aria, asiática, negra, etc. Se conoce como *polilogismo racista o nazista*.

Ambos tipos de polilogismos son absolutamente insostenibles desde el punto de vista científico. Así, pues, ¿Por qué el polilogismo carece de trasfondo teórico y científico? El economista austríaco Ludwig von Mises expone cuatro razones a la crítica al polilogismo:

- Primero: Los polilogistas no son capaces de establecer una definición científica de raza o clase que serviría para determinar la diferente estructura mental.

⁷⁴ Ludwig von Mises, *La Acción Humana*, séptima edición, Unión Editorial, Madrid, 2004, cap. III, pp. 90-107.

- Segundo: Admitiendo a efectos dialécticos que se pueda definir qué es una clase social o una raza, ninguno de estos teóricos explican cómo y cuándo la estructura mental del ser humano cambia.
- Tercero: Los teóricos polilogistas no son capaces de especificar las diferencias entre las diferentes estructuras mentales (judío vs ario, burgués vs sindicalista, etc.).
- Cuarto: ¿Por qué muchos teóricos polilogistas tuvieron la suerte de incorporar la estructura mental de una clase si pertenecían a otra clase distinta? Como no podría ser de otro modo, la refutación de una teoría se juzga mediante sus propios errores y méritos exclusivamente, con independencia de cuál sea el origen o autor del mismo. Los teóricos polilogistas, o mejor dicho, el polilogismo es un blindaje a la crítica. No hay diferentes estructuras lógicas pues la estructura mental de ser humano es única, uniforme y universal en la mente de cada individuo.

Capitolo 1

NATURA GIURIDICA DEL CONTRATTO DI DEPOSITO IRREGOLARE DI DENARO

1

CONCETTI FONDAMENTALI PREVI⁷⁵: I CONTRATTI DEI PRESTITI O CREDITI O *DAZIONI* (MUTUO, COMODATO E PEGNO) E I CONTRATTI DI DEPOSITO

Il contratto di mutuo o prestito o credito o dazione di consumo (mutui datio)

Concetto, soggetti, oggetto e requisiti

Il mutuo⁷⁶, *-mutuum, mutui datio-*, o anche denominato prestito di consumo, è un contratto mediante il quale una parte *-mutuo dans*, mutuante-, si compromette a consegnare ad un'altra persona *-mutuo accipiens*, mutuatario- una quantità certa e stabilita da cose fungibili (*pecunia mutua*), compromettendosi a restituire una quantità dello stesso genere e della stessa qualità *-tantundem*⁷⁷-. Il prestito di consumo o mutuo ha bisogno di due condizioni o requisiti previ: la *datio* -la trasmissione della proprietà- e l'accordo. La *datio* è necessaria per la perfezione del contratto⁷⁸ e l'accordo è la

⁷⁵ I riferimenti bibliografici citati in questo paragrafo in relazione ai contratti giuridici nel Diritto Romano si basano su due fondamentali libri: Fernando Betancourt, *Derecho Romano Clásico*, quarta edizione aggiornata ed ampliata, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2010 e l'opera di Juan Iglesias, *Derecho Romano*, quindicesima edizione, Editorial Ariel, Barcelona, 2004.

⁷⁶ Si consulti il trattamento che realizza Helmut Coing, *Derecho Privado Europeo (1500-1800)*, tomo I, traduzione e postille di Antonio Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, cap. XX, p. 592.

⁷⁷ Gayo, 3, 90: “[mutui autem datio] *proprie in his [fere] rebus contingit quae pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata uinum oleum, frumentum aes argentum aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem sed aliae eiusdem naturae reddantur*”.

⁷⁸ La problematica derivazione etimologica della parola *mutuum* (*quod ex meo tuum fit*) è presente nello stesso Gayo (3, 90). A sua volta il concetto *mutuum* deriva da *mov* - (*movere, mutare*).

materializzazione della volontà affinché essa diventi reale, esistente e certa⁷⁹. A sua volta, l'oggetto della dazione del contratto del mutuo comprende esclusivamente cose fungibili poiché il mutuatario ha l'obbligo di restituire⁸⁰ lo stesso dell'equivalente genere: “ *Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum*”⁸¹. Perciò, se le due parti (mutuante e mutuatario) decidono di ristabilire la restituzione della stessa cosa consegnata -*eadem species*-, non si potrebbe parlare di mutuo, ma bensì di un contratto di comodato o un contratto di deposito regolare. Allo stesso modo, si considererebbe come permuta e non mutuo, se si cerca di restituire una cosa diversa da quella consegnata -*aliud genus*-.

Carattere gratuito del mutuo

Il prestito di consumo è essenzialmente un atto giuridico gratuito⁸². Pertanto non esiste nessuna modifica nelle posizioni patrimoniali sia del mutuante che del mutuatario. Dunque, il mutuatario non incrementa la sua posizione patrimoniale poiché il consenso dell'ammontante in credito o prestito attribuisce inesorabilmente un *debitum* per il proprio mutuatario. Il patrimonio del mutuante non diminuisce perché la *datio* di consumo della quantità o cosa *certa* conferisce un diritto di credito (*nomen*) in suo beneficio. Inoltre, il mutuatario non ha la necessità di restituire una quantità superiore di quella ricevuta⁸³ così come non apporta neanche nessuna controprestazione patrimoniale al mutuante vista la qualità gratuita del contratto di mutuo.

⁷⁹ D. 44, 7, 3, 1.

⁸⁰ L'erudito professore Reinhard Zimmerman afferma che: “the borrower became obligated to the lender not to return the very things that he had received, but (in the case of money) an equal sum or (as far as other fungibles were concerned) objects of the same kind, quantity and quality”, nel suo libro *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press Inc, Nueva York, 1996, cap. VI, p. 153.

⁸¹ D. 12, 1, 2 pr.; Cf. D. 12, 1, 3; Inst. 3, 14 pr.

⁸² Reinhard Zimmerman, da parte sua, dichiara che: “Strictly speaking, mutuum was thus a unilaterally binding, gratuitous contract”, *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press Inc, Nueva York, 1996, cap. VI, p. 154. Si consulti, per approfondire sulla gratuità del mutuo, il libro di María Salazar Revuelta, *La gratuidad del mutuum en el Derecho Romano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén, 1999.

⁸³ D. 2, 14, 17 pr.; D. 12, 1, 11, 1.

Usurae (interessi)

Come si è già previamente segnalato, il contratto di mutuo o prestito di consumo ha un carattere principalmente gratuito. Ciò non toglie che il mutuante e il mutuatario possano stabilire degli interessi (*usurae*) dei fondi, del capitale, dell'ammontare, della quantità prestata mediante speciale stipulazione⁸⁴ -*stipulatio usurarum*-⁸⁵. Questo contratto di prestito o mutuo con interessi (*usurae*) viene chiamato *ferus*. Da parte sua, l'obbligo del mutuatario di restituire la quantità ricevuta dal mutuante deriva da un doppio motivo: i) la *datio mutui*, e ii) la *stipulatio*. Il prestito mutuo del capitale -sebbene gratuito per definizione- si realizza con interessi sotto la forma di una stipulazione unica⁸⁶ che agglutina non soltanto la restituzione del capitale (*sors*) ma bensì anche il pagamento degli interessi (*usurae*) -*stipulatio sortis usurarum*-. Gli interessi (*usurae*) non pattuiti, ma soddisfatti, vengono scontati dal capitale. Tuttavia, la famosa norma che riguarda *ex nudo pacto actio non nascitur*⁸⁷ (dal nudo accordo non nasce azione) non permette che le *usurae ex nudo pacto* siano compensate o reclamate. Ciò permette la possibilità di accordare degli interessi nel contratto di mutuo del denaro che offre la possibilità al mutuante - senza richiederli previamente al mutuatario- di esercitare la *exceptio pacti* se il mutuatario paga gli interessi e dopo li esige come non dovuti. Come è facile dedurre, l'eccesso di interessi nel contratto di mutuo del capitale fu una delle priorità legislative nel Diritto Romano Classico. Si arrivò ad accettare l'accordo sugli interessi per alcuni temi: *pecunia traiecticia*⁸⁸, prestiti realizzati dalle città⁸⁹, prestiti in specie⁹⁰ e prestiti bancari⁹¹. La cifra massima della tassa legale⁹² fu fissata nella cifra annuale del 12% annuale -1% mensile o *usura centesima*-Bisogna far risaltare che non si permise la

⁸⁴ Si consulti lo studio di Helmut Coing, *Derecho Privado Europeo* (1500-1800), tomo I, traduzione e postille di Antonio Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, cap. XIX, p. 506.

⁸⁵ D. 19, 5, 24.

⁸⁶ Il professor Zimmerman segnala che : "If the lender wished to receive interest on the capital loaned, he had to extract from the borrower a promise in the form of a stipulation", in Reinhard Zimmerman, *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press Inc, Nueva York, 1996, cap. VI, p. 155.

⁸⁷ Paulo, 2, 14, 1.

⁸⁸ D. 22, 2, 7.

⁸⁹ D. 22, 1, 30.

⁹⁰ C. 4, 32, 11 (12).

⁹¹ Nov. 136, 4.

⁹² L'imperatore Giustiniano stabilì gli interessi legali ordinari nel 6%, del 4% per le *illustrae personae* e dell' 8% per i *negotiatores*.

riscossione di nuovi interessi nel caso in cui gli interessi del debitore si elevassero alla quantità totale uguale al capitale⁹³ (*supra duplum*; Ulp. 26 ad. ed.):

Supram duplum autem usurae et usurarum nec in stipulatum deduci nec exigi possunt et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usuram usurae

No pueden ser objeto de estipulación, ni exigirse, los intereses o intereses de los intereses que excedan de doblar el capital y, si se pagan, pueden repetirse, al igual que los intereses futuros.

Foenus nauticum o Pecunia Traiecticia

Con meno tradizione, ma alquanto presente, si deve indicare l'esistenza di un affare molto simile al mutuo denominato *foenus nauticum* -o *pecunia traiectica*-. Questa figura venne importata dal commercio marittimo mediterraneo greco, alla fine della Repubblica e che consiste nella prestazione di una quantità di denaro fatta all'armatore di una barca⁹⁴ affinché possa navigare; sia per la sua propria specie che convertita in merci. Cioè, il mutuante prestava del capitale per transazioni marittime, facendosi responsabile del capitale prestato e, allo stesso tempo, fissando dei notevoli interessi. Il rischio derivato dalla perdita del denaro, o delle merci con esso acquistate, è responsabilità del mutuante. In contrapposizione, si accettò la validità delle *usurae ex nudo pacto* e non si applicarono i limiti fissati dalla legislazione per gli interessi nell'epoca classica⁹⁵.

⁹³ L'eccedente non si può reclamare e nemmeno è oggetto di novazione. Benché il debitore pagasse volontariamente gli interessi, il suddetto pagamento si ripeterebbe come illegale. D. 12, 6, 26, 1. Per un maggior approfondimento si consulti il *Codex Iustinianus* (*Corpus Iuris Civilis*, vol. II, ed. P. Krüger, 12^a. Ed. Berlin 1959); C.J. 4, 32, 26, 1 - 5, dell'anno 538 d. C, citato in Fernando Betancourt, *Derecho Romano Clásico*, quarta edizione aggiornata ed ampliata, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2010, cap. V, p. 593.

⁹⁴ Reinhard Zimmerman segnala che "This was a loan of money given to a merchant involved in overseas trade, who lacked the capital to buy the merchandise and ship it at his own risk" in Reinhar Zimmerman, *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press Inc, Nueva York, 1996, cap. VI, p. 182.

⁹⁵ È necesario ricordare che si applica la tassa massima legale del 12% nel diritto giustiniano.

Formula processuale civile

La parte denominata mutuante è abilitata dalle stesse azioni della *stipulatio certi*, cioè, dalla *actio certae creditae pecuniae* nel caso in cui si tratti di denaro, e dalla *condictio certae rei*, anche denominata *condictio tricararia* nel Diritto Giustiniano, quando codesta ha come scopo diversi elementi fungibili. Pertanto, la formula processuale civile della *condictio* o *actio certi* o *actio certae creditae pecuniae* è la seguente:

<i>Si paret Numerium Negidium Aulo</i>	<i>Si resulta que Numerio Negidio</i>
<i>Agerio sestertium decem milia</i>	<i>debe dar diez mil sestercios</i>
<i>Dare oportere, iudex Numerium</i>	<i>a Aulo Agerio según el dere-</i>
<i>Negidium Aulo Agerio decem milia</i>	<i>cho civil, tú, juez, condena a</i>
<i>Condemna, si non paret absolvido.</i>	<i>Numerio Egidio a dar diez mil</i>
	<i>Sestercios a Aulo Agerio, si no</i>
	<i>resulta ser así, absuélvele⁹⁶.</i>

Senadoconsulto Macedoniano:

Dal Senatoconsulto Macedoniano in poi si proibì di realizzare prestiti di denaro ai figli di famiglia⁹⁷, cioè, i *filii familias* furono esclusi dal mutuo o dal prestito di consumo del capitale.

⁹⁶ Adolfo Federico Rudorff, EP. (1869), *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt. Constituit adnotavit edidit Adolfus Fridericus Rudorff* (Lipsiae, 1869). Riproduzione inalterata di Ediciones Universidad de Navarra, S.A. con la presentazione di Rafael Domingo Oslé, (Pamplona, 1997), 1869, § 93: *Si certum petetur* p. 103 y Otto Lenel, EP.3 (1927), *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung. 2. Neudruck der 3. Auflage*, [Leipzig, 1927] (Aalen, 1974), 1927, § p. 232, tutto ciò è citato da Fernando Betancourt, *Derecho Romano Clásico*, quarta edizione aggiornata ed ampliata, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2010, cap. V, p. 594.

⁹⁷ The enactment provided that the lender who has given Money to a son in power should have no action to reclaim his Money, even after the death of the latter's father. It was the legislative reaction to an incident which has been described by Theophilus: There lived at Rome a persona called Macedo. When still under patria potestas, he borrowed money from somebody, hoping that after his father's death he would be able to repay the debt. As time dragged on, the creditor pressed him hard, demanding his debt. Macedo had nothing wherewith to pay (how could he, being alieni iuris?): so he killed his father. The matter was brought before the senate: Macedo suffered the penalty for patricide, and the senatus consultum called Macedonianum was made", in Reinhard Zimmerman, *The law of obligations: roman*

Il contratto di comodato (commodatum) o prestito o dazione d'uso

Concetti, soggetti e oggetto

Il comodato⁹⁸ -*commodatum, commodare, utendum dare*⁹⁹-, viene anche denominato dazione o prestito d'uso, è un contratto reale, unilaterale, bilaterale e in buona fede, in virtù del quale una delle parti -comodante- cede all'altra -comodatario- un bene mobile o immobile affinché venga usato temporalmente e gratuitamente, con l'obbligo di restituirlo in un definito periodo di tempo. Il comodatario possiede la detenzione della cosa¹⁰⁰ mediante la *datio* poiché la sua proprietà e la sua possessione continuano ad essere associate allo stesso comodante. Invece, il comodato ha bisogno di una consegna reale del bene mobile o immobile, poi il prestito o dazione d'uso non comporta una *datio rei* tranne un beneficio patrimoniale mediante l'uso della cosa (*commodum*). Il comodato è rappresentato da cose corporali, sia mobili che immobili. Di solito, la cosa deve essere inconsumabile sebbene sia accettata in alcuni elementi consumabili¹⁰¹ (beni fungibili). Molti dei casi avvengono per usi diversi da quelli abituali, v. gr., *and pompam vel ostentaionem*¹⁰².

foundations of the civilian tradition, Oxford University Press Inc, Nueva York, 1996, cap. VI, pp. 177-178.

⁹⁸ Reinhard Zimmerman espone così le differenze tra il mutuo e il comodato: "Mutuum was available only where a party wanted to borrow money or fungibles; an equivalent in kind had to be returned. Where the lender, on the other hand, expected the very same thing that he had handed over to the borrower to be returned, the contract was not mutuum but commodatum", in Reinhard Zimmerman, *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press Inc, Nueva York, 1996, cap. VII, p. 188.

⁹⁹ D. 13, 6, 1, 1

¹⁰⁰ D. 13, 6, 8.

¹⁰¹ Il professor Zimmerman pone in evidenza a questo proposito che "The contract of commodatum, and with it the obligation to restore, came into existence only once the object had been handed over. This object was normally a non-fungible thing. However, a commodatum could come into existence in respect of fungibles too", Reinhard Zimmerman, *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press Inc, Nueva York, 1996, cap. VII, p. 188.

¹⁰² D. 13, 6, 3, 6.

Atto giuridico gratuito

Come il contratto di mutuo -o prestito o credito o dazione di consumo (*mutui datio*)-, la caratteristica principale del comodato è la gratuità dell'atto giuridico¹⁰³. Poiché il mutuo permette una stipulazione degli interessi, il comodato, da parte sua, ne richiede la totale gratuità, per cui il prestito o dazione d'uso si trasformerebbe in un affitto d'uso¹⁰⁴ se si consentisse una rendita monetaria o patrimoniale del comodante al comodatario. Anche gratuita, la donazione si distingue dal comodato nel caso in cui quest'ultimo contratto conceda soltanto un uso temporale della cosa.

*Actiones commodati*¹⁰⁵

Il comodatario ha l'obbligo di restituire la cosa una volta scaduto il tempo stabilito. In questo modo, il comodato è autorizzato dalla denominata *actio commodati* che si manifesta nell'Editto pretorio con due formulazioni diverse: *actio commodati in factum* e *actio commodati in ius*.

- La *actio commodati in factum*¹⁰⁶ è la più antica di tutte. Quest'azione autorizza il comodante, almeno dal I secolo A.C., all'*actio commodati (in factum)* per

¹⁰³ "Commodatum was the gratuitous loan of a thing for use" in Reinhard Zimmerman, *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press Inc, Nueva York, 1996, cap. VII, pp. 188; 189-191.

¹⁰⁴ D. 13, 6, 5, 12.

¹⁰⁵ Per un maggior approfondimento si consultino le opere di Martín Serrano-Vicente, *Custodiam praestare. La prestación de custodia en el Derecho Romano*, seconda parte, cap. IV, Editorial Tébar, Madrid, 2006, pp. 173-208; Esther Domínguez López, *La gratuidad y la utilidad como factores determinantes de la responsabilidad del comodatario*, Editorial Comares, Granada, 2001 e Carmen Pérez de Ontiveros Baquero, *El contrato de Comodato*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998. Inoltre, in questo paragrafo dedicato alle *actiones commodati* y la successiva epígrafe sulla responsabilità, e in generale sullo studio della figura giuridica del comodato, si consultino le opere di Gino Segré, "Sull'età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno", in *Scritti vari di Diritto Romano*, Torino, 1952, pp. 61-113; Juan Bautista Jordano Barea, *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958, pp. 20-24; Gaetano Scherillo, Voz "Comodato (Dir. Rom.)", en Enc. Dir., T. VII, Milano, 1960, pp. 981-992; Salvatore di Marzo, *Manuale elementare di Diritto Romano*, Torino, 1954, pp. 238 y ss.; Vicente Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 14ª ed., 1968, pp. 313-315; Carlo Alberto Maschi, *La categoría dei contratti reali. Corso di Diritto Romano*, Milano, Milano, 1973, pp. 97-424; Pedro Bonfante: *Instituciones de Derecho Romano*, traduzione dell'ottava edizione a carico di L. Bacci y A. Larrosa, Madrid, 5ª ed., 1979, pp. 482-484; Juan Arias Ramos/ Juan Antonio Arias Bonet, *Derecho Romano II*, Madrid, 18ª ed. 1986, pp. 630-632. Tutte queste opere sono citate nel libro di Inmaculada Vivas Tesón, *El contrato de comodato*, secondo capitolo, Editorial Tirant lo Blanch "Colección privado", Valencia, 2002, p. 50-51, nota a piè di página 76.

¹⁰⁶ "Under the formula in factum concepta, the defendant could only be condemned into "quanti ea res erit", that is, the objective value of the object and what had been obtained from it", in Reinhard

costringere il comodatario alla restituzione della cosa comodata nel momento in cui scade il tempo del prestito dell'uso, previamente accordato. La formula di procedura della suddetta *actio in factum* è la seguente:

Si paret Aulum Agerium Numerio Negidium rem de qua agitur commodasse, eamque Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res [est]<fuit>, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio Condemna, si non paret absolvo.

Si resulta que Aulo Agerio dio en comodato la cosa sobre la que se litiga y Numerio Negidio no se la ha devuelto a Aulo Agerio, tú juez, condena a Numerio Negidio a favor de Aulo Agerio a cuanto valía la cosa, si no resulta ser así, absuélvele¹⁰⁷.

- La *actio commodati in ius*¹⁰⁸ *ex fide bona* è d'origine più recente e nel II secolo d.C. si contrattualizza in tal modo che il comodante possa reclamare al comodatario non soltanto la restituzione della cosa, ma bensì tutto ciò che è stato accordato nel patto anteriore alla consegna, così come anche qualsiasi comportamento esigibile d'accordo con la buona fede presumibile nella relazione contrattuale. Mediante questa azione il comodatario potrebbe reclamare al comodante qualsiasi comportamento doloso che lo potrebbe danneggiare in maggior o minor misura. Questa è la formula processuale della suddetta *actio in ius*:

Quod Aulus Agerius Numerio Negidio (contra: quod Numerius Negidius Aulo Agerio) illam rem de qua agitur commodavit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo

Puesto que Aulo Agerio dio en comodato a Numerio Negidio la cosa acerca de la cual se litiga (contra: puesto que Numerio Negidio dio en comodato Aulo Agerio), todo

Zimmerman, *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press Inc, Nueva York, 1996, cap. VII, p. 190.

¹⁰⁷ Adolfo Federico Rudorff, EP. (1869), § 99, p. 109 e Otto Lenel, EP.3 (1927), § 98, pp. 252 e ss., citato da Fernando Betancourt, *Derecho Romano Clásico*, quarta edizione aggiornata ed ampliata, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2010, cap. V, p. 595.

¹⁰⁸ Gayo 4, 47; 4, 4, 62.

*Agerio dare facere oportere ex fide
bona, eius iudex Numerium Negi-
dium Aulo Agerio condemna
s.n.p.a¹⁰⁹.*

*lo que por esta causa Numerio
Negidio deba dar o hacer a Aulo
Agerio según la buena fe, tu, juez,
condena a Numerio Negidio a
favor de Aulo Agerio, si no resulta
ser así, absuélvele.*

Il comodatario, da parte sua, ha a sua disposizione il *iudicium contrarium* che ha come obiettivo il mero risarcimento delle spese straordinarie che si fossero realizzate, cioè, in cattiva fede dal comodante¹¹⁰, a causa di un reclamo intempestivo oppure per vizi o difetti della cosa.

Responsabilità

Secondo la *actio commodati in factum*, il comodatario corre il rischio (*periculum*) della mancanza di reintegrazione del bene al comodante e perfino i danni che la cosa (mobile o immobile) possa sopportare, tranne il caso di *vis maior* = *casus maior* = *casus fortuitus* = *damnum fatale*, cioè, il caso di forza maggiore o caso fortuito. Ci sono molteplici esempi come il naufragio, la fuga di schiavi senza vigilanza¹¹¹, la guerra, l'ammutinamento, l'assalto dei pirati, la piaga di animali, il crollo, l'incendio o l'inondazione. Il comodatario copre tutte le spese ordinarie o di manutenzione della cosa, benché il comodante debba risarcire quelle spese straordinarie al comodatario nel caso cui egli eserciti la *actio negotiorum gestorum*. Allo stesso modo, il comodatario ha la facoltà di esercitare la *actio de dolo* se il comodante produce qualche danno nella cosa prestata al comodatario. Inoltre, la restituzione della cosa del comodatario al comodante, una volta che finalizza il periodo di tempo fissato, si produce prendendo in considerazione il principio *res deterior reddita non est reddita*, ovvero, la cosa che si restituisce danneggiata non si considera come restituita. Si intende che il comodatario

¹⁰⁹ Adolfo Federico Rudorff, EP. (1869), § 99, Commodati vel contra, p. 109, citato in Fernando Betancourt, *Derecho Romano Clásico*, quarta edizione aggiornata ed ampliata, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2010, cap. V, p. 596.

¹¹⁰ D. 13, 6, 17, 3.; *eod.*, 18, 2, y ss.; *eod.*, 21 pr.

¹¹¹ D. 13, 6, 5, 4 (Ulp. 28 ad ed.) y D. 13, 6, 18 pr. (Gai. 9 ed prov.).

deve utilizzare la cosa (mobile o immobile) secondo la propria natura, destino o ciò che previamente si è accordato. Se il comodatario ne fa un uso diverso a quello accordato espressamente o tacitamente, incorre in furto *-furtum usus-*. Al contrario, il comodatario è legittimato attivamente alla *actio furti*¹¹² e alla *actio legis Aquiliae* nel caso di responsabilità per furto o danneggiamento ingiusto causato da terzi. Fondamentalmente, con l'apparizione della *actio commodati in ius ex fide bona*, grado di responsabilità si relaciona con la violazione di doveri propri della buona fede. Durante l'epoca classica il comodatario si responsabilizza della prestazione della tutela (*custodiam praestare*¹¹³) che conduce al furto o al danneggiamento ingiusto effettuato sulla cosa oggetto data in comodato; e nell'epoca giustiniana, della *culpa levis*. Il comodatario può esercitare i reclami opportuni attraverso la *actio in ius commodati contraria* nel caso della gestione degli affari altrui o dolo.

Il contratto di pegno (pignus) o prestito o dazione di garanzia reale

Concetto, soggetti e oggetto.

Il pegno (pignus) -o dazione di prestito di garanzia reale- consiste che una delle parti -il debitore pignorante- faccia la consegna *-datio pignoris-* della cosa mobile o immobile (*pignus*) al creditore pignoratizio, in garanzia di un obbligo altrui o proprio¹¹⁴. Allo stesso modo che nel comodato, il pegno non suppone una *datio rei*, ma bensì l'offerta di una sicurezza o garanzia (*datio pignoris*) che procede dalla cosa mobile o immobile. Il creditore pignoratizio ha diversi doveri: l'obbligo di conservare la cosa e la restituzione della stessa una volta soddisfatto l'obbligo garantito, ovvero, l'estinzione del debito contratto. Inoltre, nel Diritto classico, il creditore pignoratizio è il responsabile della

¹¹² Secondo Reinhard Zimmerman, il comodatario deve avere interesse nella sicurezza della cosa esprimendo che: "The lender therefore being well protected, it was actually the borrower who had an interest in the safety of the thing ("... cuius interest rem salvam esse"), Reinhard Zimmerman, *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press Inc, Nueva York, 1996, cap. VII, p. 200.

¹¹³ Gayo, 3, 206.

¹¹⁴ Allo stesso modo Zimmerman dice che : "It [the pignus] entailed the handing over of a thing in order to secure a debt", Reinhard Zimmerman, *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press Inc, Nueva York, 1996, cap. VII, p. 220.

custodia della cosa¹¹⁵, e, nel Diritto giustiniano, la diligenza dovuta che si richiede a un buon *paterfamilias*¹¹⁶. Da parte sua, il debitore pignorante ha i seguenti obblighi: risarcire il creditore per le spese realizzate nella cosa, risarcire i danni che la cosa ha causato al creditore pignoratizio e, infine, rendere conto agli obblighi che il creditore ha contratto come risultato della vendita dell'oggetto pignorato¹¹⁷. Poiché il pegno (*pignus*) è di diritto pretorio (*ius pretorium*), il debitore pignorante, nel caso in cui sia il proprietario pretorio o bonitario della cosa mobile o immobile, ha la facoltà di conservare il bene per usucapirlo, con il requisito che il creditore pignoratizio l'abbia nel suo avere:

*Qui pignori rem dat, usucapit,
quamdiu res apud creditorem est:
si creditor eius possessionem alii
tradiderit, interpellabitur usucapio:
et quantum ad usucapionem attinet,
similis este ei qui deposuit vel com-
modavit, quos palam est desinere
usucapere, si commodata vel depo-
sita res alii tradita fuerit ab eo, qui
comodatum vel depositum accepit.
plane si creditor nuda conventione
hypothecam contraxit contraxerit
usuca-pere debitor perseverabit.*

*El que da una cosa en prenda
puede usucapir él mientras la
cosa está en poder del acreedor
<pero> la usucapición se inte-
rrumpe si el acreedor entrega
la posesión a otra persona; por
lo que se refiere a la usucapición,
el pignorante es semejante al
depositante o al comodante,
los cuales es claro que dejan
de usucapir si la cosa dada en
comodato o en depósito fuera
entregada a otro por el como-
datario o el depositario. Claro
que si el acreedor adquirió una
hipoteca por una nueva conven-
ción <de garantía>, el deudor
seguirá usucapiendo.*

¹¹⁵ D. 13, 7, 13, 1; C. 8, 13, 19.

¹¹⁶ D. 13, 7, 14, interpol.

¹¹⁷ D. 13, 7, 8 pr.; *eod.*, 16, 1; *eod.*, 32.

Poiché il pegno deve essere reso, l'oggetto di esso possono essere soltanto cose specifiche mobili o immobili, sebbene, nella realtà, il pegno si configurò sui beni mobili. Se l'oggetto del pegno comprende un patrimonio, il suddetto pegno comprende le cose generiche presenti nel suddetto patrimonio. Dal III secolo d.C. in poi, se l'oggetto del pegno era una cosa mobile, si richiedeva al creditore pignoratizio la prestazione della tutela della cosa mobile o immobile e la corrispondente responsabilità per furto e danno ingiusto commesso da terzi¹¹⁸. Nell'ipotetico caso in cui il proprietario della cosa mobile data in pegno (*datio pignoris*) -sia il debitore pignorante che un terzo- detragga la cosa mobile al creditore pignoratizio, questi commette un furto di possessione (*furtum possessionis*). Allo stesso modo il creditore pignoratizio ha la facoltà di esercitare la *actio negotiorum gestorum* per la restituzione di tutte quelle spese straordinarie contro il debitore pignorante; una volta che finalizza il pegno, il debitore pignorante può richiedere la restituzione della cosa al creditore pignoratizio mediante la *res deterior reddita non est reddita*, e, il debitore pignorante è legittimato ad utilizzare la *actio in dolo* nel caso in cui il creditore pignoratizio abbia causato qualche danno alla cosa mobile. Infine, logicamente, se il debitore pignorante occulta consapevolmente al creditore pignoratizio che la cosa mobile è previamente pignorata, sorge il crimine denominato *stellionatus*.

Indivisibilità ed estinzione del pegno

Il pegno come atto giuridico è soltanto un complemento accessorio di un altro negozio giuridico principale realizzato dalle due parti - il debitore pignorante e il creditore pignoratizio-, vale a dire, il pegno presume l'esistenza di un debito previo assicurato dallo stesso pegno. Come non potrebbe essere d'altro modo, il creditore pignoratizio può esercitare una *exceptio doli* all'azione di rivendica del debitore pignorante se il debito garantito non si è estinto a causa del proprio adempimento o attraverso qualsiasi altra maniera. Naturalmente, nel caso in cui il debitore pignorante abbiano compiuto con l'obbligo (estinzione del debito), il creditore pignoratizio avrà l'obbligo di restituire la

¹¹⁸ Si consultino le opere di Martín Serrano-Vicente, *Custodiam praestare. La prestazione di tutela nel Diritto Romano*, Editorial Tébar, Madrid, 2006 e l'interessante studio realizzato dal professor César Rascón, *Pignus y custodia en el Derecho Romano Clásico*, con prologo del Prof. Dr. Armando Torrent, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1976.

cosa da questo preciso istante. Per di più, oltre che l'estinzione del pegno si debba all'adempimento del principale obbligo da parte del debitore pignorante, l'estinzione può realizzarsi in altri tre casi: per estinzione della cosa mobile pignorata; per la volontaria reintegrazione del creditore pignoratizio della cosa mobile al debitore pignorante e, infine, per l'ignoranza delle titolarità tra il proprietario pignorante e il creditore pignoratizio, quindi non può esistere un pegno sulla cosa propria. Tuttavia, il pegno è indivisibile nel senso che l'estinzione parziale del debito non concede al debitore pignorante un'estinzione parziale del diritto di pegno; non si tratta di un'indivisibilità essenziale, ma bensì di una funzione di garanzia. Da un lato, c'è l'indivisibilità della cosa (per funzione di garanzia) e un altro aspetto completamente diverso sono le diverse opzioni o forme di pagamento patrimoniali dell'obbligo principale che il debitore pignorante può portare a termine.

*Patti di pegno*¹¹⁹

Il contratto di pegno (*pignus*) ha carattere coattivo, il cui obbligo principale (l'estinzione del debito) poiché il creditore pignoratizio, trattenendo la possessione del pegno, costringe il debitore pignorante a compiere con l'obbligo della soddisfazione del debito e così recuperare la cosa mobile pignorata. Inoltre, possono esistere diversi tipi di patti (*pactum conventum*) tra il debitore pignorante e il creditore pignoratizio, affinché, per esempio, il creditore pignoratizio possa fare un uso o fruizione patrimoniale della cosa mobile (o immobile) in cambio che egli desista nell'esercizio della sua azione; ovvero, il creditore pignoratizio possiede un uso e fruizione patrimoniale che non sarebbe fattibile senza la mediazione del suddetto patto. Così, pertanto, gli accordi esistenti nel Diritto Romano Classico sono i seguenti:

- Patto *de vendendo y ius vendendi*: Nel caso dell'inadempimento dell'obbligo principale (estinzione del debito) e la conseguente istanza del creditore pignoratizio al debitore pignorante, il creditore pignoratizio è autorizzato a vendere la cosa mobile o immobile ricevuta in pegno, riscuotere l'obbligo -

¹¹⁹ Vid. Reinhard Zimmerman, *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press Inc, Nueva York, 1996, cap. VII, p. 223-225.

debito- con il prezzo ottenuto per soddisfare il suo credito e recuperare l'eccedente (*superfluum*¹²⁰) al debitore pignorante. Allo stesso tempo, il debitore pignorante mantiene l'azione pignorizia per esigere il *superfluum* del prezzo ottenuto e anche gli interessi di questa quantità eccedente¹²¹. Alla fine del II secolo d.C. questo *ius vendendi* reputò questa condotta come un elemento “naturale” del pegno, senza la necessità di dichiarare esplicitamente¹²².

- *Lex commissoria* e Patto di *retroemendo* (retroacquisto): La *Lex commissoria* è un patto tra il debitore pignorante e il creditore pignorizio mediante il quale il debitore pignorante desiste nel reclamo della cosa pignorata per concedersi la facoltà di riscuotere con la cosa pignorata nel caso in cui il debito non sia soddisfatto o pagato al creditore pignorizio. Inoltre, nell'ambito della *lex commissoria*, ci sarebbe la possibilità di stabilire un *pactum de retroemendo* per permettere al debitore pignorante l'acquisto della cosa per lo stesso prezzo fissato anteriormente, ossia, per il prezzo del debito.
- Patto di *anticresis*: Il termine greco *anticresis* significa “controgodimento”¹²³. Questo patto permette al debitore pignorante di rinunciare ai prodotti naturali e civili prodotti dalla cosa pignorata durante il periodo di ritenzione dal creditore pignorizio se, allo stesso modo, questi desiste nel reclamare gli interessi (*usurae*) del debito principale. Se questo patto non fosse portato a termine, il valore dei prodotti civili e naturali prodotti dalla cosa pignorata durante il periodo di ritenzione dal creditore pignorizio sarebbero attribuiti, in primo luogo, agli interessi; se l'ammontare eccede, si imputerà al debito del capitale e, se ancora eccedono, il rimanente si trasforma in *superfluum*.

¹²⁰ Anche denominato *hyperocha*.

¹²¹ La *actio in factum* autorizza il reclamo degli interessi della suddetta quantità eccedente (D. 13, 7, 7).

¹²² Consultare il concetto di “*naturalia negotii*” in Álvaro D'ors, *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1968, cap. II, p. 277 y ss.

¹²³ Si compensa l'uso del denaro con l'uso del pegno.

- Patto di ritenzione e *Pignus gordianum*: In un rescritto dell'imperatore Gordiano¹²⁴ si concede al creditore pignoratizio la ritenzione della cosa pignorata benché l'adempimento dell'obbligo garantito dal debitore pignorante fosse scomparso, perché il debitore pignorante può mantenere uno o più debiti con il creditore pignoratizio. Il pegno "*pignus gordianum*" non è altro che una semplice ritenzione -*ius retentionis*- senza *ius vendendi* né azione reale, con il requisito di non soddisfare i propri crediti con il suddetto pegno.

Pignus conventum o hypotheca (ipoteca)

Il pegno senza possessione (*pignus conventum o hypotheca*) è un tipo di pegno -*pignus*- nel quale lo spostamento del pegno o la non consegna iniziale della cosa si rimanda fino al momento in cui l'obbligo garantito -il debito- possa ritenersi incompiuto. Inoltre, il creditore pignoratizio ha il diritto di poter prendere possessione della cosa (*ius possidendi*) per venderla e riscuotere con il prezzo ottenuto il debito principale garantito (*ius distrahendi*). Le origini di questa figura potrebbero risalire negli affitti di predi rustici -mobili (*invecta*) e semoventi (*illata*)- trasportati al predio in affitto dal colono e le sue rendite erano assoggettate come garanzia del pagamento delle rendite o benefici in virtù dell'affitto. Senza nessun dubbio la giurisprudenza romana intende il pegno come un esclusivo esempio di garanzia reale¹²⁵, sebbene la consegna possessoria possa essere immediata o differita.

- Oggetto dell'ipoteca: L'oggetto dell'ipoteca è molto ampio e si basa non soltanto sulle cose suscettibili di possessione (*res corporales*), ma bensì anche sui diritti reali (*pignus nominis*) e personali (*subpignus*). Si può, inoltre, prendere in considerazione la costituzione di ipoteche sui patrimoni interi e perfino sui beni futuro dello stesso.

¹²⁴ Codex Iustinianus (Corpus Iuris Civilis, vol. II, ed. P. Krüger, 12^a. ed. Berlin 1959): CJ. 8, 26 (27), 1, 2, citato in Fernando Betancourt, *Derecho Romano Clásico*, quarta edizione aggiornata ed ampliata, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2010, cap. V, p. 601.

¹²⁵ D. 20, 1, 5, 1: "Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt".

- Ipotecche tacite e legali: L'ipoteca può essere costituita da un atto di disposizione testamentaria¹²⁶, da un atto volitivo giuridico di costituire l'ipoteca (ipoteca tacita¹²⁷) o anche da un'immediata disposizione della legge (ipoteca legale¹²⁸).
- Concorso di ipoteche: Poiché il pegno non ammette concorrenza di debiti -si intende che la cosa mobile non può garantire vari debiti, giacché il creditore pignoratizio possiede la cosa mobile-, l'ipoteca, tuttavia, per mancanza di spostamento o per la non consegna iniziale della cosa ipotecata, permette l'accumulazione di molti debiti sulla stessa cosa pignorata. Il concorso dei debiti si risolve mediante il principio temporal *prior in tempore, potior in iure*¹²⁹, ovvero, si attribuisce priorità per il pagamento monetario del debito a quel creditore ipotecario che in maniera transitoria abbia accordato l'ipoteca per primo. Ad eccezione delle denominate ipoteche "privilegiate" (sia convenzionali che legali), se ci fossero ipoteche sincronicamente concertate a favore di due o più creditori, ha la priorità quel creditore ipotecario possessore della cosa: *possidentis meliorem esse condicionem*.
- *Successio in locum y ius offerendi*: Il creditore ipotecario di rango ulteriore ha il diritto di situarsi nel rango precedente - *successio in locum* -se questo anteriore offre a quello del rango superiore il pagamento del credito (debito) che il debitore ipotecario deve -*ius offerendi*-. Il creditore ipotecario di rango superiore non può rifiutare la suddetta offerta e poi il creditore di rango ulteriore si colloca nel rango di preferenza. Allo stesso modo, se un altro creditore ipotecario posteriore realizza l'offerta di pagamento del debito o credito che egli pagò previamente per migliorare il rango nel suo diritto di credito, questi, il primo, rioccupa il rango che aveva prima.

¹²⁶ D. 13, 7, 26 pr., che si appoggia su alcuni rescritti di Severo e Antonino Caracala.

¹²⁷ D. 20, 2: in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahuntur. Le ipoteche tacite sono di origine giustiniana quantunque posseggano dei precedenti classici come si è potuto constatare nel paragrafo introduttivo della figura dell'ipoteca in relazione ai predi rustici -*invecta et illata*-.

¹²⁸ Anche l'ipoteca legale ha un precedente classico come, per esempio; quella del Fisco sul patrimonio dei contribuenti in relazione con le tasse non riscosse; il patrimonio dell' ex marito per garantire la restituzione della dote, de la donatio propter nuptias e dei beni parafernali, ecc.

¹²⁹ Significa: "Prima nel tempo, meglio nel Diritto".

*Difesa processuale pretoria del pegno*¹³⁰

- Difesa processuale pretoria del debitore pignorante:

Actio (in factum) pignoraticia: Il debitore pignorante può esercitare la *actio (in factum) pignoraticia* contro il creditore pignoratizio che mantiene ingiustamente la cosa pignorata, ossia, dopo l'adempimento dell'obbligo principale. Il debitore pignorante ha, anche, il diritto a esercitare quest'azione se si è eseguito l'obbligo in altri modi: per esempio; si è garantito l'obbligo con un altro o altri pegni affinché abbandonasse quello dato in precedenza, o se, il debitore pignorante invece del pegno gli dà dei garanti con il consenso del creditore pignoratizio, o, infine, se ci fu novazione per il cambio del debitore¹³¹. La formula di procedura dell' *actio in factum* è la seguente:

*Si paret Aulum Agerium Numerio
Negidio rem de qua agitur ob
Pecuniam debitam pignori dedisse
eamque pecuniam solutam satis-
factum esse aut per Numerium
Negidium stetisse, quo minus sol-
veretur, eamque rem Aulo Agerio
redditam non esse, quanti ea res
erit, tantae pecuniae iudex Nume-
rium Negidium Aulo Agerio con-
demna, si non paret absol-vito*¹³².

*Si resulta que la <cosa entrega-
da en> prenda por Aulo Agerio
a Numerio Negidio, sobre lo que
se litiga, no ha sido devuelta a
Aulo Agerio una vez pagada la
deuda o satisfecha la obligación
o fue a Numerio Negidio la cau-
sa por la que <Aulo Agerio> no
pudo pagar, tú, juez, condena a
Numerio Negidio a favor de Aulo
Agerio a cuanto valga la cosa, si
no resulta ser así, absuélvele.*

¹³⁰ Vid. Reinhard Zimmerman, *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press Inc, Nueva York, 1996, cap. VII, p. 221-223.

¹³¹ D. 13, 7, 9, 3 (Ulp. 28 ad. ed.).

¹³² Adolfo Federico Rudorff, *EP*. (1869), § 100, p. 110 y Otto Lenel, *EP.3* (1927), § 99, p. 254, citato in Fernando Betancourt, *Derecho Romano Clásico*, quarta edizione aggiornata ed ampliata, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2010, cap. V, p. 603.

- *Reivindicatio*: Se un terzo assume l'usurpazione della cosa pignorata, il debitore pignorante proprietario della stessa cosa pignorata è attivamente legittimato alla *reivindicatio*.

- Difesa processuale pretoria del creditore pignoratizio:

Actio quasi Serviana, hypothecaria o pigneraticia in rem; actio Serviana; Interdictum Salvianum: L'*interdictum Salvianum*¹³³ permetteva al proprietario o a qualsiasi creditore pignoratizio di reclamare la possessione della cosa ipotecata in modo che il creditore con pegno possessorio potesse recuperare la possessione persa da chi ce l'avesse, anche se una *actio Serviana*, concepita posteriormente, autorizzò a richiedere da ogni terzo gli *invecta et illata*. Forse nella redazione giulianiana dell'Editto Perpetuo, tale *actio* venne previamente diffusa, come *actio quasi Serviana, hypothecaria o pigneraticia in rem*, a favore di tutti i creditori che avessero realizzato un patto simile per garantire un credito qualsiasi con i loro debitori.

- Difesa interdettale del creditore pignoratizio e del debitore pignorante¹³⁴:

D. 43, 33: *De Salviano interdicto* (sull'interdetto di Salviano) Il creditore pignoratizio è autorizzato ad esercitare l'interdetto Salviano mediante il quale poteva reclamare a qualsiasi possessore la cosa pignorata dal locatario rustico. Le fonti conservate al giorno d'oggi non forniscono una ricostruzione obiettiva del suddetto interdetto.

¹³³ Adolfo Federico Rudorff, *EP*. (1869), § 272: *De Serviana, Quasi-Serviana, formula hypothecaria I. Serviana* p. 233 s., e II. *Quasi-Serviana* p. 234; Otto Lenel, *EP.3* (1927), § 267, *Serviana formula* p. 493 s. Su questo problema si può consultare il minuzioso studio del professor Álvaro d'Ors, *Sobre las pretendidas acciones reales "in factum"*, en *Iura* 20 (1969), pp. 52-116. Tutto ciò è citato in Fernando Betancourt, *Derecho Romano Clásico*, quarta edizione aggiornata ed ampliata, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2010, cap. V, p. 604.

¹³⁴ Adolfo Federico Rudorff, *EP*. (1869), § 271, p. 232, che restaura la formula interdettale sul modello dell'interdetto *de migrando*; da parte sua, l'autore Otto Lenel, *EP.3* (1927), § 266, p. 490, non ricostruisce la formula interdettale. In relazione con l'interdetto *de migrando*, si consulti Adolfo Federico Rudorff, *EP*. (1869), § 270, p. 232, e Otto Lenel, *EP.3* (1927), § 265, p. 490, tutto ciò è citato in Fernando Betancourt, *Derecho Romano Clásico*, quarta edizione aggiornata ed ampliata, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2010, cap. V, p. 604.

D. 43, 32: *De migrando* (sull'interdetto per fare uscire lo schiavo e tirare fuori i mobili dall'abitazione). L'inquilino (*inquilinus*) di una proprietà urbana è autorizzato per utilizzare l'interdetto *de migrando* con l'obiettivo che non gli si ordini di mandare via il proprio schiavo e i propri mobili, sempre che non li avesse dati previamente in pegno. La formula di questo interdetto edittale *vetatorio* esprime il seguente concetto¹³⁵:

*Si is homo, quo de agitur, non est
ex his rebús, de quibus inter te et
[actorem] convenit, ut, quae in eam
habitationem qua de agitur intro-
ducta importata ibi nata factave
essent, ea pignori tibi pro mercede
eius habitationis essent, sive ex his
rebus est et ea merces tibi soluta
eove nomine satisfactum esta ut
per te stat, quo minus: ita, quo
minus [ei, qui eum pignoris
nomine induxit,] inde abduceret
liceat, vim fieri veto.*

*Veto que impidas con violencia
que el inquilino pueda sacar al
esclavo de que se litiga <o lo
que sea>, si no es de aquellas
cosas introducidas en la vivien-
da en cuestión, o llevadas, naci-
das o hechas allí que se convino
entre ti y el demandante que te
quedaran en prenda del pago
del alquiler de la vivienda, o,
siendo de esas cosa, se te ha
pagado ya el alquiler o se ha
dado garantía del mismo, o has
dejado tú de aceptar el pago.*

Il contratto di deposito

Concetto, requisiti e oggetto

Il deposito¹³⁶ -*depositum*- è un contratto reale, unilaterale o bilaterale e di buona fede, in virtù del quale una persona definita -*deponente*; *depositante*- consegna ad un'altra -*depositario*- una cosa mobile affinché la prenda in custodia e la conservi -*deponere*, *commendare*, *servandum o custodiendum dare*-. Uno dei requisiti essenziali del

¹³⁵ D. 43, 32, 1 pr. (Ulp. 73 ad ed.)

¹³⁶ Vid. Helmut Coing, *Derecho Privado Europeo*, tomo II (El siglo XIX), traduzione e postille a carico di don Antonio Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, cap. XXIII, pp. 609-610.

contratto di deposito è la consegna *-datio-* che non suppone la trasmissione della proprietà e neppure trasforma in possessore¹³⁷ al depositario ma sì semplice titolare. L'oggetto del contratto di deposito deve essere una cosa mobile, sia fungibile che non fungibile.

Origine

Prima epoca classica *-actio in factum-* e Seconda epoca classica *-actio (ex fide bona) depositi*; Le origini del contratto di deposito non sono molto antiche. L'obiettivo finale di questo contratto si occupava, in un primo momento, della figura della *fiducia - fiducia cum amico*¹³⁸. Il contratto di deposito può distinguere due epoche classiche:

- Prima epoca classica: *actio in factum*: La prima protezione del contratto di deposito ha origine alla fine della Repubblica, poiché il Pretore aveva il diritto di concedere una *actio factum*¹³⁹ *-actio depositi in factum-* contro il depositario che non restituiva la cosa mobile di altri che le era stata consegnata previamente per la propria tutela e custodia. In questo senso la legge *decenviral* concedeva una *actio in duplum* contro quel depositario infedele¹⁴⁰, assumendone l'appropriazione della cosa custodiata dalla prospettiva del *furtum nec manifestum* che veniva repressa con la suddetta pena. Quest'azione possedeva la singolarità di essere infamante e nociva che ne produceva due tipi: a) da un lato, suppone una pena *in simplum* nel caso di deposito ordinario, b) e, dall'altro, c'è pena *in duplum* nel caso in cui il deposito abbia sofferto un tumulto, incendio, crollo o naufragio, circostanze queste nelle quali non si includeva il depositario; contro l'erede del depositario si agiva *in simplum*, salvo che questi avesse agito con dolo. Questo secondo tipo di deposito è conosciuto come deposito "necessario" o "miserabile".

¹³⁷ D. 16, 3, 17, 1.

¹³⁸ Gayo, 2, 60.

¹³⁹ La formula era la seguente: *Si paret A^mA^m apud N^mN^m mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo NⁱNⁱA^oA^o redditam non ese, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, N^mN^mA^oA^o condemnato, si non paret, absolvito.*

¹⁴⁰ Coll, 11, 7, 10 = Paulo 2, 12, 11.

- Seconda epoca classica: *actio (ex fide bona) depositi*: Prima dell'elaborazione definitiva dell'Editto Pretorio di Salvo Giuliano nel 130 d.C., all'inizio dell'epoca imperiale, la giurisprudenza contrattualizza il contratto di deposito nel quadro dei *contractus* con una sanzione mediante una *actio (ex fide) bona*¹⁴¹; sia *directa* contro quel depositario che tratteneva la cosa mobile o *contraria* per le spese e i danni arrecati dal deposito al depositario. Così il regime giuridico classico come contratto fu il seguente:
 - o Secondo la concezione classica, il deposito è essenzialmente un atto giuridico gratuito¹⁴². Se si stabilisce qualsiasi forma di compensazione o retribuzione si crea la figura dell'affitto¹⁴³. Successivamente, il Diritto Giustiniano stabilisce come corretto, e non contrario la natura del contratto, il pagamento di un'insignificante retribuzione¹⁴⁴ come compensazione all'attività di custodia e tutela.
 - o Visto il carattere gratuito del deposito nel quale il depositario non ottiene nessun vantaggio patrimoniale, la responsabilità del depositario per la perdita o deterioro della cosa si restringe essenzialmente al dolo¹⁴⁵. Al contrario, tale responsabilità concerne la *culpa lata* nel Diritto giustiniano¹⁴⁶. Pertanto, il depositario non è obbligato né per la custodia né per la colpa, tranne per quei casi in cui la colpa o *periculum* si accordi chiaramente, o se il depositario si è volontariamente proposto¹⁴⁷ a esso, oppure se si è concessa la cosa per il proprio beneficio patrimoniale.

¹⁴¹ Formula: Quod A^s A^s apud N^mN^mmensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N^mN^mA^oA^o dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N^mN^mA^oA^o condemnato, si non paret, absolvito. Esta fórmula, como también la actio in factum, han sido transmitidas por Gayo, 4, 47.

¹⁴² Vid. Reinhard Zimmerman, *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press Inc, Nueva York, 1996, cap. VII, p. 213-214.

¹⁴³ D. 16, 3, 1, 9.; Inst. 3, 26, 13.

¹⁴⁴ D. 13, 6, 5, 2, interpol.; D. 47, 8, 2, 23.

¹⁴⁵ Si è dibattuto se la colpa in senso lato veniva intesa come dolo; cosicché non sembra possibile che Celso avesse opinato sul deposito in D. 16, 3, 32. Vid., anche, i seguenti riferimenti: Gayo, 3, 207 = Inst. 4, 1, 17; Coll. 10, 2, 1; Paulo, 2, 12, 6; D. 13, 6, 2.

¹⁴⁶ D. 44, 7, 1, 5, interpol.: [magnam tamen... cadere].

¹⁴⁷ D. 16, 3, 1, 35.

- Ogni depositario non può esercitare l'uso della cosa depositata perché commetterebbe *furtum usus*¹⁴⁸ e, in questa maniera, il depositante può esercitare la *actio furti* contro egli.

Doveri ed obblighi del depositante e depositario

Il depositario è obbligato alla manutenzione e conservazione della cosa custodiata in conformità alla propria natura. Allo stesso modo, il depositario deve realizzare la restituzione della cosa affidata su richiesta del depositante in qualsiasi momento anteriore¹⁴⁹. Inoltre, la restituzione della cosa custodiata comprende la cosa con i suoi prodotti e accessioni¹⁵⁰. Da un lato, il depositante ha come obblighi eventuali il risarcimento e indennizzo dei danni arrecati alla cosa al depositario e anche l'indennizzo di tutte le spese comprovate in essa

*Actio (ex fide bona) depositi directa e contraria*¹⁵¹

La formula processuale dell'*actio (ex fide bona) depositi directa* è la seguente:

<i>Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium</i>	<i>Puesto que Aulo Agerio depositó a Numerio Negidio una mesa de plata, sobre lo que se litiga, todo lo que [resulte] por esa causa Numerio Negidio debe dar o hacer a Aulo Agerio según</i>
---	--

¹⁴⁸ Gayo, 3, 196 = Inst. 4, 1, 6; vid. "If a depositary used what had been given to him, he committed *furtum usus* and was liable to the depositor under the penal *actio furti*", Reinhard Zimmerman, *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press Inc, Nueva York, 1996, cap. VII, p. 205.

¹⁴⁹ D. 16, 3, 1, 22 y 46.

¹⁵⁰ D. 16, 3, 1, 5 y 24.

¹⁵¹ Si consultino le parole del professor Zimmerman: "As in the case of *commodatum*, we find an *actio directa* (the *actio depositi*) of which the bailor could avail himself if the bailee did not duly return the thing deposited, and also a *contrarium iudicium* (the *actio depositi contraria*) which the bailee could bring for reimbursement of expenses and compensation for damages", Vid. Reinhard Zimmerman, *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press Inc, Nueva York, 1996, cap. VII, p. 206.

*Negidium Aulo Agerio condemna,
si non paret absolvito.*

*la buena fe, tú, juez, condena
a Numerio Negidio a favor de
Aulo Agerio, si no resulta ser
así, absuélvele.*

La formula processuale dell'*actio (ex bona fide) depositi contraria* è la seguente:

*Quod Numerius Negidius apud
Aulum Agerium mensam argenteam
Deposuit, qua de re agitur, quidquid
ob eam rem Numerium Negidium
Aulo Ageri dare facere oportet ex
fide bona, eius iudex Numerium
Negidium Aulo Agerio condemna,
Si non paret absolvito*¹⁵².

*Puesto que Numerio Negidio de-
positó a Aulo Agerio una mesa de
plata, sobre lo que si litiga, todo
lo que [resulte] por esa causa
Numerio Negidio debe dar o ha-
cer a Aulo Agerio según la buena
fe, tú, juez, condena a Numerio
Negidio a favor de Aulo Agerio,
Si no resulta ser así, absuélvele.*

Tipi speciali di deposito:

- Deposito necessario o miserabile: Questo tipo di deposito sorge nel caso di catastrofe pubblica o privata - *incendium, ruina, naufragium* -, la quale non ammette di scegliere liberamente la persona che custodisca o tuteli le cose depositate. Il Pretore concede un'azione *in duplum* contro il depositario traditore o infedele¹⁵³.
- Deposito irregolare¹⁵⁴: Si tratta di quel deposito che ha come cosa depositata denaro o degli altri oggetti o beni fungibili mediante il quale il depositario può

¹⁵² Adolfo Federico Rudorff, *EP*. (1869), § 110: *Depositi vel contra*, p. 118 y s. e Otto Lenel, *EP.3* (1927), tit. XIX: *De bonae fidei iudiciis*, p. 288 (ss.); § 106: *Depositi [vel contra]*, p. 288 ss., citato in Fernando Betancourt, *Derecho Romano Clásico*, quarta edizione aggiornata ed ampliata, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2010, cap. V, p. 617.

¹⁵³ D. 16, 3, 1, 1.

¹⁵⁴ Si consulti Reinhard Zimmerman, *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press Inc, Nueva York, 1996, cap. VII, cap. II, p. 215-219.

consumare (giuridicamente) l'oggetto (denaro o altre cose fungibili) con l'obbligo di restituire un'altra quantità dello stesso genere e qualità.

- Deposito *sequester* (o giudiziario): Sorge un deposito giudiziario o sequestro - *in sequestre est depositum*¹⁵⁵ - quando due o più individui affidano una cosa mobile o immobile ad un altro individuo con l'obbligo di restituirla a un soggetto scelto anteriormente. Inoltre, si considera la reintegrazione della cosa mobile o immobile a colui che si trovi in una determinata situazione, per esempio, vincitore dopo una scommessa o posteriormente alla sentenza giuridica sulla cosa stessa¹⁵⁶. Precisamente, essendo quest'ultimo caso abituale e manifesto, la qualifica di "deposito giuridico" ha questa probabile procedenza. Il depositario (relativo al sequestro) ha la possessione pretoria della cosa mobile o immobile e soltanto può restituire la cosa quando la situazione prevista, avvenga. Da parte sua, il depositante non ha la possessione e pertanto non ha la capacità di usucapire. In contrasto con il deposito ordinario, il sequestro conferisce la posizione interdettale. Infine, per ottenere la restituzione della cosa depositata, il Pretore concede una *actio depositi sequestraria*¹⁵⁷ contro il sequestratore che non rimborsi la cosa mobile nel momento in cui avvenga la situazione prevista.

2

IL CONTRATTO DI DEPOSITO REGOLARE ED IL CONTRATTO DI DEPOSITO "IRREGOLARE" DEI BENI DEPERIBILI O DI DENARO

Introduzione

Il contratto di deposito¹⁵⁸ irregolare di beni¹⁵⁹ fungibili o di denaro ha come obiettivo non consegnare¹⁶⁰ o depositare dei beni determinati, specifici o concreti (come: quadri,

¹⁵⁵ D. 16, 3, 6.

¹⁵⁶ D. 16, 3, 17, interpol. All'inizio.

¹⁵⁷ D. 16, 3, 6; eod., 12, 2, interpolati possibilmente.

¹⁵⁸ Felipe Clemente de Diego definisce il deposito come "un contratto principale, reale, unilaterale o bilaterale, gratuito od oneroso, a seconda dei casi, per i quali una persona consegna ad un'altra una cosa affinché la tuteli e la custodi, con l'obbligo di restituirla subito quando la si reclama", *Instituciones de Derecho Civil Español*, nuova edizione aggiornata di Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón

gioielli, libri, documenti, monete, oggetti di valore), ma bensì cose o qualsiasi bene fungibile (per esempio: tonnellate di grano, litri d'olio, magazzioni di riso, metri cubici di gas, depositi di benzina, milioni d'unità monetarie, ecc), accordandosi che non venga restituita la stessa *species*, ma bensì una stessa quantità dello stesso genere e qualità - *tantundem*-. Così, per esempio, l'autore Robert Pothier definisce il contratto di deposito irregolare in una maniera semplice come “un contratto mediante il quale una persona che possiede una quantità di denaro, ritenendo che essa sia poco sicura in suo potere, la affida ad un amico con l'obbligo che gliela restituisca non con le stesse monete, ma bensì con la stessa quantità”¹⁶¹. Perciò, si può affermare, che il deposito di beni fungibili continua a mantenere la principale caratteristica e l'aspetto essenziale del deposito, ovvero, la piena disponibilità e proprietà dei beni fungibili depositati a favore del depositante¹⁶² -deponente-, materializzato nel dovere di tutelare e custodiare con la

Ballesteros, tomo II, Madrid, 1959, Izione 60, p. 355. D'altra parte, il giurista Felipe Sánchez Román definisce il deposito come un “contratto reale, unilaterale se esso è gratuito, e bilaterale se è retribuito, per il quale una persona consegna ad un'altra una cosa affinché sia custodita e conservata e poi restituita al deponente quando questi la reclama”, Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, seconda edizione aggiornata ed ampliata, Estudio Tipográfico “Sucesores de Riva deneyra” - Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, p. 874.

¹⁵⁹ Víctor Covián Junco indica che la “materia di questo contratto sono i beni mobili”, Víctor Covián Junco. Commento alla voce “Deposito” nell' *Enciclopedia Jurídica Española*, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1910, p. 820. Il professor Domingo Ramón Domingo de Morató indica che “i beni che costituiscono la materia propria del deposito son quelli mobili”, *Il Diritto Civile Spagnolo con le corrispondenze del diritto romano, estratte dai codici di Giustiniano e dalle dottrine dei loro interpreti, specialmente dalle istituzioni e dal digesto romano ispano di Juan Sala per il Dr. D. Domingo Ramón Domingo de Morató, Comendatore Ordinario de la Real Orden de Isabel La Católica, Catedrático de término de la Facultad de Derecho y Decano de la misma en la Universidad de Valladolid*, seconda edizione aggiornata ed ampliata, Imp. y Libreria Nacional y Extranjera de H. de Rodríguez, Libreros de la Unviersidad y del Instituto, Valladolid, 1877, tomo segundo, p. 357.

¹⁶⁰ “Come contratto reale esige la consegna del bene”, Felipe Clemente de Diego, *Instituciones de Derecho Civil Español*, nuova edizione aggiornata da Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, tomo II, Madrid, 1959, lección 60, p. 359. Da parte sua, Felipe Sánchez Román indica che “la perfezione del contratto di deposito è determinata da due fatti: *consenso* degli appaltanti, ed essendo il contratto reale, *la consegna del bene depositato* dal deponente o da altri a nome suo, al depositario o alla legittima rappresentazione dello stesso”, Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, 2ª edizione corretta ed ampliata, Estudio Tipográfico “Sucesores de Riva deneyra” Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, p. 881.

¹⁶¹ Robert Pothier, *Tratado de los Contratos de Beneficencia*, traduzione in spagnolo fatta da una Sociedad de Amigos Colaboradores, Barcelona, 1845, p. 160.

¹⁶² Il professor don Domingo Ramón Domingo de Morató segnala che “Pertanto, se nel mutuo la consegna del bene ha come oggetto trasferire la proprietà e nel comodato l'uso, nel deposito si conferisce soltanto la semplice custodia: e ciò è l'aspetto che principalmente distingue tra loro questi tre contratti”, *Il Diritto Civile Spagnolo con le corrispondenze del diritto romano, estratte dai codici di Giustiniano e dalle dottrine dei loro interpreti, specialmente dalle istituzioni e dal digesto romano ispano di Juan Sala por el Dr. D. Domingo Ramón Domingo de Morató, Comendador Ordinario de la Real Orden de Isabel La Católica, Catedrático de término de la Facultad de Derecho y Decano de la misma en la Universidad*

massima attenzione il *tantundem* da parte del depositario. L'unico elemento di antagonismo in contrapposizione al deposito regolare dei beni o delle cose specifiche è che, nel deposito dei beni fungibili o deposito irregolare di denaro, le cose depositate vengono inevitabilmente mischiate con degli altri beni o cose dello stesso genere e qualità (sia benzina, riso, denaro che un altro tipo di bene fungibile). Questa inevitabile composizione può ammettere, che tra le diverse quantità delle cose depositate dello stesso genere e qualità, l'esistenza di una concezione traslativa del dominio -la proprietà- della cosa depositata al depositario nel caso del contratto di deposito dei beni fungibili. Tuttavia, quel depositante¹⁶³ -deponente- che vada a ritirare i beni o le cose fungibili non perde la disponibilità e la proprietà del bene depositato, ma bensì recupererà lo stesso per ciò che concerne la quantità e la qualità - *tantundem*- di ciò che ha depositato in origine. In effetti, non verranno restituite le stesse unità specifiche poiché il carattere fungibile del contratto non agevola l'individualizzazione delle unità disponibili essendo queste mescolate indistintamente con il resto delle esistenze

de Valladolid, seconda edizione corretta ed ampliata, Imp. y Libreria Nacional y Extranjera de H. de Rodríguez, Libreros de la Unviersidad y del Instituto, Valladolid, 1877, tomo segundo, p. 355.

¹⁶³ Felipe Sánchez Román espone i diritti e gli obblighi del deponente. *I diritti* sono: il pagamento della retribuzione del deposito, quando si accordò che esso fosse retribuito, dichiarare i vizi e i difetti della cosa depositata, la cui ignoranza potrebbe essere causa di danni per il depositario, rimborsare tutte le spese al depositario per ciò che concerne la conservazione e la custodia della cosa depositata, così come risarcirgli tutti i danni eventualmente causati dallo stesso motivo, non dovendo pagare questi ultimi, se il deposito fosse retribuito e, inoltre, non potendo esigere al depositario la prolungazione del deposito oltre la scadenza segnalata. Mentre i *doveri* sono: perseguire criminalmente allo stesso nel caso in cui ci sia il reato di truffa e, inoltre, quello del carattere di creditore privilegiato dell'azione risulta contro il depositario a seconda dei casi, si consulti Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, seconda edizione corretta ed ampliata, Estudio Tipográfico "Sucesores de Riva deneyra" Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, pp. 887-888. Il professor Domingo Ramón Domingo de Morató espone gli obblighi del depositario e deponente nelle pagine 359 e 361 dove cita che il depositario è obbligato a "prendersi cura della custodia e della conservazione del bene responsabilizzandosi per esso del dolo e della colpa lata, a mantenere in segreto, se ciò è espresso o gli viene tacitamente imposto, oppure se lo esigesse la natura del bene depositato e 3° a restituirla con le sue accessioni e frutti quando lo richiede il deponente, benché il deposito abbia una scadenza; pertanto questi si intende stabilito a favore del suddetto deponente: perciò egli può rinunciarci quando vuole e così anticipare la richiesta del bene depositato se non c'è nessun inconveniente di fatto per la sua restituzione, oppure se la scadenza fosse stata decisa in beneficio del depositario, o di entrambi" e gli obblighi del deponente sono "nel risarcimento delle spese realizzate dal depositario per la custodia e la conservazione del bene, nella riparazione dei danni che si siano prodotti allo stesso con motivo del depósito ed infine, nel caso in cui i danni causati per vizio del bene valutandone la responsabilità, sebbene essa sia lieve del deponente", *Il Diritto Civile Spagnolo con le corrispondenze del diritto romano, estratte dai codici di Giustiniano e dalle dottrine dei loro interpreti, specialmente dalle istituzioni e dal digesto romano ispano di Juan Sala por el Dr. D. Domingo Ramón Domingo de Morató, Comendador Ordinario de la Real Orden de Isabel La Católica, Catedrático de término de la Facultad de Derecho y Decano de la misma en la Universidad de Valladolid*, seconda edizione corretta ed ampliata, Imp. y Libreria Nacional y Extranjera de H. de Rodríguez, Libreros de la Unviersidad y del Instituto, Valladolid, 1877, Tomo segundo, pp. 359 y 361.

effettuate nel proprio deposito irregolare. Allo stesso modo che nel contratto di deposito regolare¹⁶⁴, il depositario¹⁶⁵ ha due obbligazioni: un dare (restituire la cosa depositata) e un fare (custodiare, conservare e tutelare). Sebbene il contratto di deposito di bene fungibile o di denaro continui a mantenere le qualità basiche del contratto di deposito, nel modificarne uno dei componenti più importante (la presunta traslazione della proprietà e la non individualizzazione del bene fungibile), è diventato un “deposito irregolare”. Tuttavia, come si vedrà in seguito, la custodia del *tantundem* è perfettamente compatibile con la totale disponibilità del bene a favore del depositante¹⁶⁶ pertanto questi continua a esserne il proprietario del bene depositato e riceverà un ammontare dello stesso genere e qualità a ciò depositato in quel primo momento. In questo senso, sia nel contratto di deposito regolare che irregolare, continua ad esercitarsi il dovere di tutela e custodia, ovvero, inequivocabilmente, una disponibilità immediata di una cifra simile in qualità e in quantità in conformità con ciò che si è consegnato a favore del depositante.

Il contratto giuridico di deposito regolare (specialmente in riferimento alla regolazione giuridica spagnola)

Natura e caratteristiche

Il deposito regolare¹⁶⁷ (o comune) è un contratto mediante il quale una delle parti denominata depositante -deponente- consegna un bene o una cosa mobile specifica ad

¹⁶⁴ La posizione di questo libro si manifesta contraria alla posizione argomentata dal Dr. Florencio Ozcariz Marco il quale manifesta che “il deposito irregolare, nella maniera in cui si manifesta come tale, è obbligato a dare (restituirne la stessa quantità, ma non i frutti), e non a un fare (tutelare e custodiare)”, Florencio Ozcariz Marco, *El contrato de depósito: estudio de la obligación de guarda*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 38.

¹⁶⁵ Felipe Sánchez Román spiega che i *diritti* del depositario sono il risarcimento, i danni causati da lui per la custodia e la conservazione e il pagamento del prezzo (se il deposito è retribuito), Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, 2ª edizione corretta ed ampliata, Estudio Tipográfico “Sucesores de Riva deneyra” Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, p. 887.

¹⁶⁶ In termini bancari implica l'esigenza di un coefficiente di cassa o riserva frazionaria del 100% in relazione al contratto di deposito irregolare di denaro, vale a dire, un deposito di denaro a vista.

¹⁶⁷ Il professor Felipe Sánchez Román afferma che il deposito regolare “si costituisce, come avviene normalmente, in beni non fungibili, o se non lo fossero quando vengono consegnati chiusi, bollati o in o in un'altra maniera analoga che obbliga il depositario a restituire gli *stessi beni* e non degli altri della medesima specie, qualità e quantità”, Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, seconda

un altro definito depositario, affinché la custodi e la tuteli e la restituisca in qualsiasi momento in cui la si richiede. In relazione alla regolazione presente negli articoli 1.758 e ss. del Codice Civile Spagnolo rispetto al contratto di deposito regolare (o comune), si distingue per essere un contratto di rigorosa custodia¹⁶⁸ che obbliga a custodiare e tutelare il bene depositato e restituirlo al depositante in qualsiasi momento. Così, quindi, l'oggetto del contratto di deposito regolare (o comune) è un bene o cosa mobile nel quale il depositante ne mantiene la proprietà della cosa depositata mentre il depositario ha il dovere di custodiare e tutelare fisicamente ed economicamente, evitando che si produca qualsiasi svalutazione o deterioramento, e sempre con la massima attenzione come un buon padre di famiglia. Il contratto di deposito regolare ha diverse obbligazioni sia per il depositante che per il depositario. Da un lato, il depositario ostenta l'obbligazione di tutela e custodia dell'oggetto del deposito che consiste nell'avere la massima cura che il bene depositato conservi le qualità esistenti così come l'obbligo di restituire l'oggetto del deposito immediatamente, con i suoi diversi prodotti, accessioni o interessi nel momento in cui esso sia reclamato dal depositante¹⁶⁹. Dall'altro, le obbligazioni del depositante di consegnare la cosa o bene mobile e, allo stesso tempo, retribuire e pagare le spese provocate al depositario, sempre e quando tale retribuzione¹⁷⁰ per il servizio di tutela e custodia si è anteriormente accordato perché se

edizione corretta ed ampliata, Estudio Tipográfico "Sucesores de Riva deneyra" Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, p. 876.

¹⁶⁸ Joaquín Garrigues y Díaz-Cabañete, "Il deposito irregolare e la sua applicazione nel Diritto commerciale", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, numero 86, anno VIII, 1932, p. 88; Florencio Ozcariz Marco, *El contrato de depósito (Estudio de la obligación de guarda)*, Barcelona, 1997, p. 187 y ss.

¹⁶⁹ "I diritti del deponente sono quelli di reclamare la devoluzione quando gli conviene ed altri correlativi ai doveri del depositario, essendo obbligato a risarcirgli le spese realizzate per la conservazione della cosa depositata e a rimborsargli i danni causati dal deposito", *Instituciones de Derecho Civil Español*, nuova edizione corretta e aggiornata da Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, tomo II, Madrid, 1959, lezione 60, p. 362.

¹⁷⁰ Felipe Clemente de Diego annota che il contratto di deposito "è gratuito, ma non essenzialmente, dunque non si opone alla propria natura che possa essere retribuito (al depositario), come la medesima legge delle Parti ammise e la realtà delle cose così lo impone, precisamente, nel lasciare il nostro cappotto nel guardaroba, pagando una piccola retribuzione, facciamo un deposito; l'istituzione dei docks e magazzini generali si basa sull'idea del deposito retribuito (al depositario)", *Instituciones de Derecho Civil Español*, nuova edizione corretta ed aggiornata da Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, tomo II, Madrid, 1959, lezione 60, p. 355. Allo stesso moo, Calixto Valverde y Valverde segnala che il contratto di deposito "è un contratto generalmente gratuito, ma può essere retribuito senza che smetta per questo di essere deposito, perché il fatto che ci sia o no una compensazione per la custodia, non modifica né danneggia l'essenza del contratto, *poiché l'aspetto importante nel deposito, è l'intenzione o finalità che si proposero le parti, e non il suo risultato economico*", *Tratado de Derecho Civil Español*, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1913, Tomo III, cap. XXV, p. 521 (I corsivi sono miei).

ciò non avviene il contratto di deposito sarà totalmente gratuito. In questo modo, il deposito regolare ha come scopo essenziale la tutela o la custodia del bene o cosa mobile e concede una totale disponibilità del bene depositato a favore del depositante affinché questi possa sollecitarne in qualsiasi momento la restituzione, continuamente nell'interesse del depositante. Inoltre, il deposito regolare (come anche nel deposito irregolare) non esiste un periodo di tempo prefissato nel quale si sia concessa la disponibilità del bene, ma bensì che esso sia tutelato e custodito e disponibile in ogni momento a favore del depositante, la cui cessione finirà quando il depositante reclamerà la devoluzione del bene anteriormente depositato.

È opportuno mostrare una domanda sollevata da don Calixto Valverde y Valverde secondo l'articolo 1760 del Codice Civile Spagnolo (il contratto di deposito è gratuito, salvo patti contrari) poi si deduce che non ammette retribuzione per tacito accordo e quest'autore risponde così: "Indubbiamente che questo è il pensiero del legislatore; ma la realtà è superiore a tutt le leggi e bisogna accettarle così come sono. Il responsabile di un guardaroba de un teatro è un vivo esempio di deposito retribuito, non accordato dalle parti .Potrebbe esserci un tribunale che dichiarasse che per non aver accordato ,il guardaroba avrebbe l'obbligazione di conservare i capi senza nessuna retribuzione? Questo è uno dei tanti casi ai quali si faceva riferimento quando si parlava di contratto e la volontà", *Tratado de Derecho Civil Español*, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1913, tomo III, cap. XXV, nota a piè di pagina (1), pp. 520-521. Il professor Benito Gutiérrez Fernández spiega in maniera gentile ed originale tale retribuzione perché manifesta che "ciò (la retribuzione) non impedisce che il depositario riceva dal deponente qualche regalo a patto che non sia un prezzo, ma bensì un regalo di attenzione e di riconoscenza", Benito Gutierrez Fernandez, *Codigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, prima edizione , Editorial Lex Nova, Madrid, 1869, tomo V, cap. V, p. 228. Da parte sua, il professore dotto Felipe Sánchez Román annota che "È certo che ciò è normale ed usuale, ma non essenziale ed assoluto, dovuto a che , se normalmente i suddetti contratti sono di natura *gratuita* per il donante, mutuante, comodante, mandatario e depositario, non crediamo che debba perdurare la tradizione romana che tale gratitudine nel contratto sia condizione della propria *essenza*, ossia, *sine qua non*, affinché questi contratti smettano di esserlo ,e, al contrario, pensiamo che nelle donazioni remunerative , nel mutuo con interesse, nel mandato con retribuzione accordata dal mandatario *o nel deposito con qualche ricompensa per la custodia al depositario*, persistono, tuttavia, le idee di questi contratti, anche se in quei casi esiste il caso di qualche compensazione stipulata a favore della parte che diede la cosa o che prestò il servizio", Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, 2ª edizione corretta ed ampliata, Estudio Tipográfico "Sucesores de Riva deneyra" Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, p. 871, (gli ultimi corsivi sono i miei). Il giurista Victor Covián Junco segnala l'incompatibilità del contratto di deposito con la retribuzione del servizio di tutela e custodia poiché "il salario è una condizione come un'altra che può situarsi nel deposito: se il contratto ha come oggetto la custodia e la conservazione del bene, e che tale servizio si paghi meglio o peggio al depositario, non ne altera la convenzione", Víctor Covián Junco. Commento alla voce "Depósito" nella *Enciclopedia Jurídica Española*, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1910, p. 820.

*Sui tipi di depositi bancari regolari*¹⁷¹

Come si è già segnalato, i contratti di deposito nelle sue due versioni note- regolari ed irregolari- mantengono una piena e costante assegnazione dell'uso e della disponibilità del bene depositato sempre a favore del depositante. Quindi, i depositi bancari regolari si possono classificare in relazione al contenuto delle obbligazioni del depositario¹⁷² che si distinguono nella custodia di ciò che si deposita -depositi semplici o chiusi- o, d'altra parte, nell'amministrazione o gestione dell'oggetto del suddetto deposito -depositi amministrati o aperti-. Il deposito chiuso o semplice è un deposito regolare nel quale convergono le medesime caratteristiche basiche del deposito classico e, naturalmente, come non potrebbe esser d'altro mod, il proprio elemento di tutela e custodia. L'entità depositaria -come mero detentore- ha l'obbligo di tutelare e custodire il bene depositato e in compensazione riceve una somma monetaria per il servizio prestato, con l'obbligazione di restituire il bene depositato nel momento in cui lo richieda il depositante. In contrapposizione al deposito semplice o chiuso esiste un altro tipo di deposito, ovvero, il deposito amministrato o aperto. Infatti, l'articolo 308 del Codice di Commercio Spagnolo menziona la figura del contratto di deposito amministrato o aperto in un modo alquanto incompleto ed insufficiente. Non dobbiamo neanche dimenticare che l'aspetto più caratteristico di questo tipo di deposito -amministrato o aperto- non comprende soltanto un servizio di amministrazione e gestione dei beni depositati, ma bensì anche il dovere di tutela, custodia e conservazione del bene mobile depositato. Questo tipo di deposito ha essenzialmente avuto un carattere regolare o non fungibile nel caso in cui il cliente depositi, per esempio, titoli-valori in busta chiusa o in qualsiasi modo che ne permetta la sua individualizzazione. Il deposito di titoli-valori continua ad essere un deposito regolare nel caso in cui siano consegnati alla banca in busta chiusa e bollata, individualizzati dalla loro classe, serie, numero o in un'altra

¹⁷¹ Risulta assolutamente indispensabile leggere lo studio intitolato *El dinero y la representación de las posiciones acreedoras y deudoras en el tráfico mercantil* del professor José María de la Cuesta Rute nel quale sviluppa ampiamente delle osservazioni in relazione alla dottrina dei titoli-valori e le annotazioni in conto nei capitoli III y IV, soprattutto da un punto di vista teorico. Si consulti José María de la Cuesta Rute, *El dinero y representación de las posiciones acreedoras y deudoras en el tráfico mercantil*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006, cap. III y IV, pp. 93-172.

¹⁷² Come affermato anteriormente, retribuire e pagare quelle spese occasionate al depositario, sempre che il pagamento del suddetto servizio si sia previamente accordato perché sennò il contratto di deposito sarà totalmente gratuito.

maniera¹⁷³, con l'obbligazione nel depositario della restituzione *in individuo* e la permanenza della proprietà degli stessi nel deponente. Inoltre, il depositante pretende proteggersi dall'insicurezza e dai rischi che comporta un'amministrazione diligente e puntuale¹⁷⁴ in relazione, per esempio, ai valori negoziabili nell'entità bancaria per la loro tutela, custodia¹⁷⁵ e amministrazione¹⁷⁶. D'altra parte, esiste un deposito irregolare di titoli-valori nel supposto impossibile di individualizzazione dei titoli per cui il depositario può confonderli con degli altri della stessa specie e qualità che abbia in suo potere appartenenti a delle altre persone, benché non ci sia nessun dubbio che questi restituirà al depositante lo stesso numero di titoli-valori che questi ha facilitato, sebbene non siano gli stessi ricevuti¹⁷⁷. Da questo punto di vista, questo tipo di contratto contiene due tipi diversi, ovvero, gli elementi di tutela e custodia come anche l'obbligazione di amministrazione e gestione di ciò che si è depositato. Comunque,

¹⁷³ “Dictamen del signor Felipe Clemente de Diego”, in *La Cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, Imprenta Delgado Sáez, Madrid, 1936, p. 424.

¹⁷⁴ Joaquín Garrigues y Díaz-Cañabate, *Contratos bancarios*, seconda edizione, Madrid, 1975, pp.399-400.

¹⁷⁵ In opinione del signor Rodríguez Sastre questa attività di custodia è frequentemente violata da alcuni depositi poiché “chi li riceve sa che la reale intenzione di chi li consegna è la loro custodia; gli occultano la vera intenzione con cui li accettano; non dicono che li useranno, che ne disporranno in maniera che, o per dolo o per imprudenza, può darsi il caso che il proprietario dei Titoli rimanga senza di essi e senza nessuna efficacia nei suoi possibili reclami giudiziali. Per questo motivo estendono un documento-ricevuta che mantiene in equivoco al proprietario dei Valori e che deve servirgli nel tentativo di giustificare che la relazione giuridica che ebbe origine gli permetta di utilizzare i Titoli che ricevono. Il proprietario dei titoli non sospetta, né può sospettare, che mediante questo “equivoco” documento si pretende di stabilire una relazione giuridica nella li esponga tutti, senza una contrapartita compensativa. Non crede, né può credere, che in virtù di tale consegna autorizzi il banchiere a incorporare quei Valori al proprio patrimonio, rendendoli, nel caso della sospensione dei pagamenti o fallimento, dei semplici creditori, come succede con chi concede un credito al banchiere in virtù del quale goda di un remunerazione o beneficio; che nonostante ciò, quanti rischi gravitano sui Titoli sono di sua responsabilità, liberandosi il banchiere attraverso la consegna del titolo-carta che acquisisce in quei momenti nel mercato, sebbene non abbia valore effettivo”, in “Dictamen de Rodríguez Sastre”, nella *Cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, Imprenta Delgado Sáez, Madrid 1936, pp. 94-95, (I corsivi sono miei).

¹⁷⁶ Nonostante alcuni autori, come Recalde Castells, segnalano che il contratto di deposito amministrato o aperto di valori presenta una notevole differenza che implica la amministrazione e la natura stessa di questo tipo di contratti. Vale a dire, l'obbligazione di custodia dei beni mobili depositati necessita un comportamento efficace ed applicato dell'entità depositaria con l'obiettivo di mantenere il valore economico dei suddetti valori. Infatti, questo autore segnala la possibilità di una differenza rispetto alle forme classiche di deposito che permette di confermare l'esistenza congiunta di un contratto di deposito e mandato, per maggiori informazioni si consulti Andrés Recalde Castells, “Depósito administrado de valores (depósito abierto de valores)”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, t. II, p. 2136.

¹⁷⁷ Il giurista Rodríguez Sastre aggiunge “che il fatto di affidare i Titoli senza copertura o senza identificazione non è sufficiente e non si può intendere assolutamente come un'autorizzazione al banchiere affinché li usi, rendendo il deposito in irregolare”, in “Dictamen de Rodríguez Sastre”, nella *Cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, Imprenta Delgado Sáez, Madrid 1936, p. 79, (I corsivi sono miei).

senza snaturare questo tipo di contratto giuridico, come in ogni deposito (sia regolare che irregolare), il depositario è un mero detentore dei titoli-valori depositati. La concezione classica del deposito di titolo-valore continua ad ostentare il proprio carattere regolare poiché, come già segnalato, il diritto di proprietà dei titoli-valori continua a disposizione del depositante.

Ultimamente, in questo senso, qualche parte della dottrina esamina l'ammissibilità della regolarità o irregolarità di questo tipo di deposito, data la capacità abituale¹⁷⁸ del contratto di deposito amministrato di valori e la sua complementarietà con l'obbligazione tradizionale¹⁷⁹ di tutela, custodia e restituzione propria del contratto di deposito. In questo momento è necessario indicare che attraverso l'attuale sistema di liquidazione e compensazione dei valori in Borsa¹⁸⁰, i titoli-valori hanno

¹⁷⁸ L'importanza del mantenimento dell'elemento di custodia nel contratto di deposito aperto o amministrato di valori - come tale deposito- continua totalmente intatta. Gli autori José Antonio de Aguirre e Juan E. Castañeda Fernández segnalano che , molte banche d'investimento prestarono i cosiddetti "servizi di borsa di prima classe" alla propria clientela istituzionale. In effetti, molte operazioni finanziarie agevolavano che le principali banche d'investimento utilizzassero i depositi di titoli-valori dei propri clienti per realizzare diverse operazioni attive nei mercati (futuri p.e.), talvolta senza la conoscenza o autorizzazione dei depositanti dei valori, si consulti il libro intitolato *Una crisis económica sorprendente 2007-2012*, Ediciones Aosta, España, 2012, cap. IV, p. 123. Possibilmente un considerevole evento che contribuì a snaturare l'elemento tradizionale di custodia del deposito amministrato o aperto di valori nacque a causa della denomina "desincorporazione"; ovvero, la sparizione delle annotazioni in conto documentato in un supporto materiale e fisico per la sostituzione con una base di dati informatizzata che, secondo alcuni autori, elimina l'elemento di custodia verso l'obbligazione unica e semplice di amministrazione come ultima finalità propria di questo tipo di contratto. Nonostante, la perdita del supporto in carta dei titoli-valori non significa necessariamente una perdita della disponibilità e della proprietà del titolo-valore in detrimento del depositante benché, secondo gli autori Juan Castañeda y José Antonio Aguirre, sembra che alcuni depositari abbiano commesso degli eccessi impossessandosi dei titoli-valori di alcuni dei loro clienti commettendo delle vere e proprie atrocità. Da parte sua, l'eccelso giurista Felipe Clemente de Diego segnala molto convenientemente la seguente osservazione: "*Orbene, se il deposito di denaro senza specificare è denaro e non cambia di natura a causa della non specificazione, come e perché dovrebbe cambiare di natura se grava sui titoli senza numero? Il deposito di denaro nelle Banche, di denaro contato senza specificazioni, è deposito, in conformità con il Codice di Commercio e con la legislazione storica spagnola; Perché non dovrebbe esserlo quello dei titoli, sebbene non si siano segnalati i numeri nella ricevuta?* Il signor Argente che così profondamente ha studiato il problema e anche esposto molto chiaramente profondamente, prova compiutamente che il deposito bancario dei titoli che non sia specificati nella ricevuta continua ad essere deposito sottomesso alle disposizioni del Codice commerciale Código. È anche deposito quello di moneta senza specificare, che è il summum della fungibilità , perché non dovrebbe esserlo quello dei titoli che sono me no fungibili e più identificabili? in "Dictamen de Felipe Clemente de Diego", nella *Cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, Imprenta Delgado Sáez, Madrid 1936, p. 418, (i corsivi sono miei).

¹⁷⁹ Andrés Recalde Castells, "Depósito administrado de valores (depósito abierto de valores)", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, t. II, p. 2137.

¹⁸⁰ El Real Decreto 1128/1974 - in Spagna-, del 25 Aprile, autorizzò l'adozione del sistema di liquidazione e compensazione che consentì che il deposito aperto o amministrato dei valori originasse un

progressivamente acquisito una natura chiaramente più fungibile a causa della cosiddetta "desincorporazione" o "*despapurización*" (-una progressiva perdita del supporto della carta dei titoli valori a favore del supporto informatico-). Il cambio legislativo prodotto dal Reale Decreto 1128/1974, del 25 aprile, non deve disorientare la vera natura giuridica del deposito amministrato dei titoli-valori dovuto al "presunto" carattere fungibile¹⁸¹ dei titoli-valori rappresentati da annotazioni nel conto (titoli generalmente quotabili) con l'unico obiettivo di legittimare segretamente, da parte di alcuni membri della dottrina, l'uso e l'appropriazione indebita dei titoli-valori dei clienti. Sebbene la gestione del bene depositato sia diventata la funzione principale¹⁸², ciò non toglie importanza all'azione di restituzione del *tantendum* od un altro della stessa specie o qualità, -ovvero, una quantità equivalente di titoli senza copertura o senza identificazione con ciò che si è in origine depositato- allo stesso modo l'obbligazione della tutela¹⁸³ e custodia tradizionale propria del contratto di deposito amministrato o aperto di valori. Infatti, in alcune occasioni, il depositante è costretto ad accettarne un altro della stessa specie e qualità, e non quei titoli-valori specifici, consegnati e depositati in quel momento. Tuttavia, non ci si deve dimenticare che

dovere di restituzione del *tantundem* e non i titoli-valori specifici e distinguibili dal deponente. Logicamente l'entità depositaria -il depositario- acquisiva l'obbligazione di restituire alcuni titoli simili, con le stesse qualità e caratteristiche.

¹⁸¹ Felipe Clemente de Diego, citando a sua volta il Sr. Argente, sottolinea che "*il deposito dei titoli senza specificazione continua ad essere deposito*"; non è questo un indice così forte e sicuro della volontà degli appaltanti, che per questo fatto si reputi che hanno celebrato un prestito più che un deposito. Le ragioni sono chiare, dice. La natura di questo contratto non dipende dall'indole del documento concesso in garanzia (della sua celebrazione), ma bensì della vera intenzione dei contraenti. La ricevuta non è un contratto, ma ne è bensì la prova; potrebbe non esistere la ricevuta ed esisterebbe il contratto di deposito; bisognerebbe semplicemente provarlo con altri mezzi. Ma in quello dei valori senza specificare convergono tutti gli elementi necessari per caratterizzarlo. *Il depositante consegna dei valori, non con l'intenzione di trasmettere la propria proprietà, ma bensì affinché se li conservino, e la Banca li riceve, non per acquisirli, ma bensì per conservarli e restituirli. Dunque, tutto ciò è sufficiente. Questo è il contratto di deposito.* Per quanto riguarda la facoltà di utilizzare questi valori, *interim* non chiedeteli, perché la banca non può farlo, perché l'unico che potrebbe concedergliela, il proprietario dei valori, non gliel'ha concesso", in "Dictamen de Felipe Clemente de Diego", nella *Cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, Imprenta Delgado Sáez, Madrid 1936, pp. 405-406, (i corsivi sono miei).

¹⁸² Alberto Javier Tapia Hermida, "Los contratos bancarios de depósito, administración y gestión de valores negociables", in AAVV, *Contratos Bancarios*, Madrid, 1992, p. 622.

¹⁸³ Rodríguez Sastre segnala che "è un'obbligazione importantissima in questo contratto di imposizione di Valori nel conto corrente quella che il contocorrentista cassiere abbia costantemente a disposizione del contocorrentista imponente i Valori a cui affidò per la tutela e custodia", "Dictamen di Rodríguez Sastre", nella *Cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, Imprenta Delgado Sáez, Madrid 1936, pp. 77 y 78.

questo tipo di deposito continua a conservare la sua principale caratteristica¹⁸⁴, ovvero, piena disponibilità e dominio della proprietà dei suddetti titoli-valori a favore del deponente perché, altrimenti, il depositario ha il dovere di reintegrare i titoli-valori con delle simili proprietà qualitative e quantitative a ciò depositato in quel momento mediante i diversi strumenti di contabilizzazione e calcolo esistenti nell'entità depositaria. Il depositario- l'entità depositaria continua nella sua attività di contabilità, amministratrice, diligente gestendo i valori depositati per i quali farà pagare al cliente un premio in denaro per la prestazione dei suddetti servizi contabili e per i rapporti con le entità che emettono i titoli-valori. Allo stesso tempo, queste modalità contrattuali (deposito semplice o chiuso e deposito amministrato aperto) sono state alcune volte definite da un settore della dottrina come operazioni di gestione (o neutre) effettuate dalle entità di credito nelle quali cercano di realizzare un'intermediazione finanziaria, eseguendo così gli ordini del cliente in cambio di un servizio remunerato. Logicamente, una volta che si effettua l'analisi giuridico dei contratti di deposito bancari regolari con le loro concrete particolarità, vale a dire, il deposito semplice o chiuso e il deposito amministrato o aperto di valori, è necessario riprendere l'oggetto del nostro studio che non è altro che l'analisi e lo studio della natura giuridica del deposito irregolare di denaro.

¹⁸⁴ Felipe Clemente de Diego afferma che “la volontà del cliente della banca che si dirige verso lo sportello per affidarle i suoi titoli o il suo denaro affinché li comprino o li trattengano, è al 99% delle volte quella di evitare i rischi della propria sicurezza e i disturbi amministrativi, per il suo proprio interesse; non è quella di concedere un credito alla Banca per aumentare i suoi mezzi e possibilità di sfruttamento del negozio, nell'interesse di questi e rimanendo esposto alle contingenze ed eventualità del negozio bancario; se si concede un credito alla Banca, non è per commerciare, ma bensì per conservazione ed amministrazione dei suoi titoli; non vuole *prestarli*, ma bensì *depositarli*, insomma” in “Dictamen de Felipe Clemente de Diego”, nella *Cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, Imprenta Delgado Sáez, Madrid 1936, p. 402.

Il contratto di deposito “irregolare” di beni fungibili o di denaro (con speciale riferimento alla regolazione giuridica spagnola)

Concetto, funzione, natura e oggetto del contratto di deposito irregolare di denaro

La determinazione della natura giuridica del deposito irregolare¹⁸⁵ realizzato da quelle parti denominate depositari -normalmente entità bancarie- è un tema che comporta una gran complessità e un ampio dibattito della dottrina in questione. L’oggetto della ricerca teorica e scientifica di questo studio sulla qualifica giuridica dell’operazione del contratto di deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro assume delle conseguenze importanti e notevoli nel negozio giuridico bancario (per esempio; la accettabilità del movimento di debiti, diritto del depositante nel caso di concorso dell’entità del credito depositaria, ecc.,). Anzi, la terminologia utilizzata per definire questo contratto in questione è stata tra le più varie: mutuo, contratto *sui generis*, imposizione a scadenza fissa, deposito a scadenza, contratto aleatorio. Si mette in evidenza non soltanto la non conoscenza teorica sulla qualifica giuridica del contratto di deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro, ma bensì eludere consapevolmente il grave problema sulla natura propria e genuina di questa operazione nella maniera in cui essa viene indicata, cioè, un contratto di deposito. Comunque, la natura giuridica di questo contratto deve essere analizzata secondo la tradizionale distinzione tra il contratto di deposito irregolare di denaro -denominato abitualmente a vista- e il contratto di prestito- che è rimborsabile a

¹⁸⁵ Felipe Sánchez Román definisce il deposito irregolare se “si basa su cose fungibili soggette a peso, numero o misura, che il depositario può consumare e restituire delle altre della stessa specie, qualità e quantità ... (il deposito irregolare) si confonde con il prestito mutuo, e la sua caratteristica è che permette al depositario l’uso e il consumo delle cose depositate e la loro sostituzione nel momento in cui sono restituite da delle altre uguali”, Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, 2ª edizione corretta ed ampliata Estudio Tipográfico “Sucesores de Riva deneyra” Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, p. 876. Víctor Covián Junco afferma che nel deposito “irregolare”, si trasferisce la possessione e compie restituendo altrettante cose della stessa specie : i beni fungibili che vengono consegnati per essere consumati e il denaro in contanti erano, di solito, l’oggetto di questo contratto, [...] perché la custodia del bene per essere poi restituito, nella sua integrità al depositante, e insistiamo su questo aspetto, che è l’essenza del contratto”, Víctor Covián Junco. Commento alla voce “Depósito” nella *Enciclopedia Jurídica Española*, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1910, p. 822 e inoltre, consulto commento alla voce “Depósito regular e irregular”, nella *Enciclopedia Jurídica Española*, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1910, p. 879. Il giurista Goicoechea segnala che “Nel deposito, sebbene sia ancora irregolare, il depositario ha la necessità di mantenere sotto controllo costantemente il denaro o i beni generici costitutivi del deposito, o di altri equivalenti , a disposizione del depositante”, in “Dictamen de Goicoechea”, nella *Cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, Imprenta Delgado Sáez, Madrid 1936, p. 250.

scadenza o a un periodo determinato e fisso. Le particolari conseguenze tra il contratto di deposito irregolare di bene fungibile o di denaro e il contratto di prestito sono principalmente due: la causa o motivo del contratto e anche il momento in cui il titolare può esercitare il proprio diritto alla restituzione del denaro depositato a vista. Ambedue manifestazioni, tra l'altro, stabiliscono che la natura giuridica di questi due contratti giuridici abbiano degli effetti diversi.

Il contratto di deposito irregolare di denaro è l'operazione bancaria, principale oggetto del nostro studio. Essa presenta due aspetti fondamentali che spiccano in questa modalità contrattuale, senza alterarne la propria natura giuridica come tale. Ci sono due elementi che determinano che il deposito irregolare di denaro possieda delle caratteristiche particolari rispetto ai depositi regolari, ciò ha permesso di dibattere sulla natura giuridica di entrambi i tipi contrattuali e perfino qualche settore della dottrina ha negato la denominazione dell'autentico contratto di deposito secondo il nostro Diritto classico comune. In primo luogo, il contratto di deposito irregolare forma parte dell'attività classica¹⁸⁶ che qualsiasi banca di deposito deve esercitare, vale a dire, la custodia e l'obbligazione del bene depositato sia nel caso del contratto di deposito regolare che irregolare. Il contratto di deposito irregolare di bene fungibile o denaro, come operazione bancaria tipica ed elementare del sistema finanziario, è stata perversamente modificata lungo la storia dell'umanità¹⁸⁷ provocando un gran malessere generalizzato, perdita di ricchezza, annientamento dello spirito imprenditoriale e sconforto tra la cittadinanza in generale. La funzione classica dell'intermediazione finanziaria è stata sostituita da quella che è, purtroppo, la capacità di creazione di denaro in forma di prestiti (la concessione di crediti come collaterali dei depositi) mediante il sistema bancario, violando i principi generali del diritto in relazione al contratto di deposito irregolare di denaro. Infatti, l'attività fondamentale¹⁸⁸ delle entità di credito e i

¹⁸⁶ La vera attività di intermediazione finanziaria tra il risparmio e l'investimento si deve realizzare attraverso il contratto di prestito, ovvero, le banche possono prestare ciò che è stato prestato ad esse in forma di prestiti.

¹⁸⁷ Nel IV capitolo si analizzerà molto attentamente lo sviluppo storico della figura del contratto giuridico del deposito irregolare di denaro.

¹⁸⁸ Alcuni giuristi hanno affermato che il deposito bancario di denaro è l'attività più importante di tutte le operazioni bancarie, quella che costituisce la base dell'attività delle entità di credito e quella che giustifica, in ultima istanza, l'esistenza di un notevole intervento pubblico e l'inserzione delle entità di credito in un ordinamento settoriale, José Luis García-Pita y Lastres, "Depósitos bancarios y protección del

loro benefici imprenditoriali provengono dalla captazione di risorse altrui per realizzare la propria attività imprenditoriale comune: la banca, come depositario, acquisisce dei fondi in forma di depositi e se ne appropria indebitamente per dirigerli verso le proprie operazioni attive tipiche, vale a dire, la concessione di prestiti¹⁸⁹. Il depositante, come proprietario del denaro o di un bene fungibile, non riesce a sopportare le incertezze fisiche e materiali che la propria titolarità comporta, pertanto cede il mero possesso delle suddette quantità di denaro¹⁹⁰ o bene fungibile alla banca con lo scopo di tutela, custodia e degli altri servizi finanziari offerti per questo tipo di depositari. Perciò, il depositante continua a mantenere la proprietà su codeste somme di denaro o cose fungibili, con la capacità di richiedere in qualsiasi momento e quando lo desidera la restituzione della quantità delle suddette somme di denaro (non le unità specifiche date prima). Da parte sua, il depositario è un mero possessore del denaro o delle cose fungibili consegnategli, e deve compiere con l'obbligazione di mantenere e reintegrare

depositante", in AAVV, *Contratos Bancarios*, Colegios notariales de España, Madrid, 1996, p.127 e il "El depósito bancario de efectivo", in AAVV, *Contratos bancarios y parabancarios*, Valladolid, 1998, pp. 891-910.

¹⁸⁹ Al contrario, e per non conoscenza teorica, il giurista Juan Madrazo Leal segnala che i depositi compiono un'importante funzione di finanziamento dal punto di vista delle entità di credito poiché costituiscono la procedura idonea per accumulare i fondi necessari per poter sviluppare la propria attività di intermediazione creditizia indiretta, Madrazo Leal, *El depósito bancario a la vista*, Madrid, 2001, p. 170-171. Il professor Madrazo Leal non comprende che il dovere di tutela e custodia del *tantundem* esige un coefficiente di cassa di riserva frazionaria del 100% per i depositi di denaro a vista.

¹⁹⁰ In modo informativo, e con conclusioni certamente erranee, si deve almeno realizzare una menzione all'esistenza di una parte della dottrina che intende che la natura dell'operazione giuridica del contratto di deposito irregolare suppone un trasferimento della proprietà verso il depositario, causando un diritto di credito per il depositante. Così José Luis García-Pita y Lastres, come molti altri autori, sostiene che la titolarità del denaro o cosa fungibile si trasforma in un diritto di credito su una somma monetaria astratta. La sua opinione indica che il depositante sopporta meno rischi economici perché è stato spostato alla banca che assume il rischio económico dell'operazione, "Depósitos bancarios y protección del depositante", in AAVV, *Contratos Bancarios*, Colegios notariales de España, Madrid, 1996, p.190. Allo stesso modo Serrera Contreras manifesta presuntamente le evidenti differenze tra il contratto di deposito regolare e il contratto di deposito irregolare che hanno condotto alla dottrina a qualificare quest'ultimo come un contratto di deposito irregolare. In questo caso l'irregolarità si basa, da un lato, nella trasmissione della proprietà della cosa depositata e, dall'altro, nell'obbligazione di restituire i *tantundem*; il deposito irregolare si caratterizza perché il depositario, invece di rimanere obbligato a restituire la cosa stessa (*idem corpus*), si obbliga a restituire cose della stessa specie e qualità e della stessa quantità (*tantundem eiusdem*) perché, per la sua natura traslativa, la proprietà della cosa passa al depositario, Serrera Contreras, "El contrato de depósito mercantil", in *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo XXXV, Madrid, 2001, p. 124. In maniera più precisa sull'integrazione della cosa nel patrimonio del depositario, García Villaverde intende che il deposito bancario di denaro costituisce un supposto di deposito irregolare che si caratterizza perché l'oggetto del deposito è una cosa fungibile che, con la consegna dell'oggetto al depositante, lo stesso si integra nel patrimonio del depositario e questi contrae l'obbligazione di restituire altrettanto della medesima specie e qualità. Quindi, il dato che distingue tra questa modalità di deposito e i depositi regolari risiede precisamente nel cambio della prestazione del depositario che non sarà costretto a devolvere, a differenza del deposito regolare, la stessa cosa consegnata ma bensì l'equivalente (García Villaverde, "Depósito mercantil", *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo II, Madrid, 1995, p. 2145.).

il *tantundem* nel momento dovuto¹⁹¹. Senza dubbio, il contratto giuridico di deposito irregolare del bene fungibile o di denaro¹⁹² si adatta perfettamente ai caratteri del contratto di deposito poiché continua a mantenere gli elementi tipici che caratterizzano il deposito ordinario (conservazione della proprietà della cosa depositata a favore del depositante e obbligazione della restituzione del depositario su richiesta del titolare del deposito).

L'elemento essenziale del contratto di deposito irregolare di denaro: la tutela e la custodia del tantundem

Il contratto di deposito irregolare di un bene fungibile o di denaro ha come scopo principale la tutela¹⁹³ e custodia delle cose depositate (siano olio, grano, vino o denaro) poiché il depositante continua a usufruire della proprietà e della disponibilità della quantità consegnata¹⁹⁴. L'elemento della tutela e custodia nella figura del contratto di

¹⁹¹In maniera sorprendente e anche erronea, il Fondamento di Diritto 1. ° della sentenza della Corte di Cassazione (Spagnola) del 19 settembre del 1987 crede che nel contratto di deposito irregolare di denaro crede, essendo questi un deposito irregolare, si determina la perdita della proprietà delle somme depositate da parte del depositante e la trasmissione della suddetta proprietà a favore dell'entità depositaria, che come tale, può liberamente disporre di esse. Allo stesso modo, con questo effetto di trasmissione, il negozio giuridico in questione produce un effetto obbligazionario, perché nasce a favore del titolare del deposito un diritto di credito alla restituzione di una quantità uguale a quella consegnata che deve rendersi effettivo quando il cliente la richiede o alla scadenza del periodo espressamente stipulato all'effetto.

¹⁹² Al contrario, alcuni autori come Gastone Cottino argomentano che il deposito irregolare ha una natura speciale diversa da quella del contratto di deposito regolare, Gastone Cottino, *Diritto commerciale*, II, Padua, 1978, pp. 70-71.

¹⁹³ Secondo Calixto Valverde y Valverde, l'oggetto del contratto di deposito si "limita a ricevere in tutela la cosa di un altro per conservarla e restituirla al termine del deposito" per poter affermare che "*se lo scopo principale di un contratto è la custodia e la conservazione della cosa è un deposito*", se la custodia e conservazione è un'obbligazione accessoria, quindi non è un deposito", *Tratado de Derecho Civil Español*, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1913, tomo III, cap. XXV, p. 520-521, (i corsivi sono miei). Allo stesso modo, Benito Gutiérrez Fernández spiega che due sono le principali obbligazioni che impone questo contratto al depositario: tutelare bene e lealmente la cosa e farsene responsabile se si perde o danneggia per colpa sua o inganno, ed anche averla a disposizione del deponente per consegnargliela nel momento in cui egli lo richieda", Benito Gutierrez Fernandez, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, prima edizione, Editorial Lex Nova, Madrid, 1869, tomo V, cap. V, p. 231.

¹⁹⁴ È preoccupante la posizione dottrinale sull'impossibilità dell'individualizzazione nella natura delle cose fungibili nel contratto di deposito irregolare. Come è logico, l'impossibilità di distinguere unità individuali non comporta un trasferimento del diritto di proprietà verso il depositario poiché la devoluzione del *tantundem* si può intendere in senso generico -stessa quantità e qualità - e, naturalmente pienamente compatibile con uncoefficiente di cassa frazionaria del 100%. In modo informativo l'opinione opposta alla nostra è quella sostenuta dalla signora María Luisa Moreno-Torres Herrera (*La prohibición de compensar las deudas derivadas de depósito y comodato*, Barcelona, 1994, p. 101), allo stesso modo maggioritaria tra i giuristi, che intendono che il deposito bancario non porta a termine questo compito

deposito irregolare di beni fungibili sussiste come causa ed obbligazione contrattuale, perché, definitivamente, questo è il motivo per il quale il cliente decide di depositare il suo bene fungibile o denaro nel depositario, ovvero, la ricerca del risultato di custodia e sicurezza¹⁹⁵. Purtroppo, una gran parte della dottrina mantiene la posizione nella quale il depositante trasmette il bene fungibile -o denaro- a un depositario che acquisisce la proprietà o dominio del bene fungibile depositato. Inoltre, il depositante ottiene un diritto di credito di fronte al depositario che lo obbliga alla restituzione della somma ricevuta da parte del depositario. Naturalmente, nel caso del denaro, il diritto di credito del depositante si presume alquanto discutibile ed instabile in un sistema finanziario basato in un coefficiente di cassa di riserva frazionaria poiché la (in)capacità di recuperare i beni fungibili -il denaro-integramente dipende dall'adempimento del dovere di tutela e custodia del *tantundem* da parte del depositario. La traslazione fisica dell'oggetto del deposito irregolare di denaro o la semplice possessione sulle somme che sono state consegnate al depositario non muta la nozione tradizionale di custodia del *tantundem* propria del contratto di deposito irregolare di denaro per la quale il dovere di custodia da parte del banchiere continua ad essere presente in ogni momento. Ci sono diverse posizioni ed opinioni intorno all'obbligazione di custodia nel contratto del deposito irregolare di denaro. Le posizioni sono divise tra chi pensa che il dovere di custodia¹⁹⁶ rimane totalmente estinto nel deposito irregolare e quelli che cercano di adattare il dovere di custodia classico del deposito regolare o comune mediante un nuovo concetto di disponibilità. Nel primo gruppo menzionato si può segnalare che una gran parte della dottrina ha considerato come un'opinione diffusa ed estremamente complicata intorno alla figura del deposito irregolare di denaro. Così, per esempio, l'autore Rafael Flores Micheo segnala, in primo luogo, che l'entità depositaria

di custodia materiale della cosa depositata poiché non ci troviamo di fronte a un deposito chiuso, perciò, l'entità depositaria non può sviluppare l'attività di custodia propria del deposito comune perché il denaro depositato si fonde nel proprio patrimonio, e non si può distinguere dal resto.

¹⁹⁵ Florencio Ozcariz Marco, *El contrato de depósito (Estudio de la obligación de guarda)*, Barcelona, 1997, pp. 35-36; Isabel Rabanete Martínez, "Deposito con facultad d' uso e comodato nell'interesse del comodante (a proposito della Sentenza della Corte di Cassazione -Spagnola- del 4 novembre del 1997)", *Revista General del Derecho*, Número 656, 1999, p. 5317; Jordano Fraga, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Marzo de 1990", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, aprile-agosto 1990, núm. 23, p. 552.

¹⁹⁶ María Luisa Moreno-Torres Herrera, *La prohibición de compensar las deudas derivadas de depósito y comodato*, Barcelona, 1994, p. 102; Isabel Rabanete Martínez, "Depósito con facultad de uso y comodato en interés del comodante (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1997)", *Revista General del Derecho*, Número 656, 1999, p. 5314.

acquisisce il contenuto del deposito irregolare unendosi al suo patrimonio ed essa non viene obbligata a tutelare e custodiare ogni specifica moneta o banconota depositata poiché non può custodiare niente ed è inconcepibile la custodia della cosa propria¹⁹⁷ nel deposito irregolare, e poi, perché invece di custodiarla, consuma il denaro ricevuto, mediante il suo proprio uso. Degli altri tentativi di adeguamento come, per esempio, quello del Professor Carlos Manuel Diez Soto¹⁹⁸, opinano che la custodia è strutturalmente sostituita dal dovere di restituzione, in tal modo che in questa modalità di deposito irregolare non c'è precisamente l'obbligazione di custodiare una cosa determinata mediante la propria possessione, ma bensì un'obbligazione generica di restituire, che determina la pratica sparizione della perdita delle cose depositate (*genus numquam perit*) a beneficio del depositante.

D'altra parte, un secondo gruppo intende che l'elemento della custodia del deposito classico non sparisce totalmente, sennonché si produce la sua sostituzione per una nozione diversa ma equivalente, com'è la nozione di disponibilità¹⁹⁹. In questo senso una sentenza del 19 settembre del 1987 (RA 6069) della Corte di Cassazione segnala nel suo Fondamento di Diritto 1°, che: "...esiste unanimità nell'intendere che tale deposito irregolare attribuisce la proprietà del denaro, o cosa fungibile depositata, al depositario, che può liberamente decidere su essa perché è di sua proprietà, sostituendone l'obbligazione di custodia, tipica del contratto di deposito, con la disponibilità a favore del depositante della quantità consegnata...". Perciò, in conformità a queste considerazioni, potrebbe mantenersi che l'obbligazione di custodia classica del depositario si vede effettivamente sostituita nel deposito bancario effettivo dall'obbligazione di mantenere a favore del depositante per l'entità depositaria la disponibilità delle somme depositate. Tuttavia, bisognerà determinare in che consiste esattamente questa disponibilità, ovvero, questo nuovo concetto di disponibilità²⁰⁰

¹⁹⁷ Seguendo questa posizione il *tantundem* diventa proprietà del depositante nel momento della restituzione, fino ad allora è proprietà del debitore, perciò si solleva immediatamente la questione relativa all'ammissibilità della custodia della cosa propria. Rafael Flores Micheo, "El depósito irregular", *Revista de Derecho Privado*, 1963, p. 760.

¹⁹⁸ Carlos Manuel Diez Soto, *El depósito profesional*, Barcelona, 1995, p. 79

¹⁹⁹ Joaquín Garrigues y Díaz-Cañabate, *Contratos bancarios*, seconda edizione, Madrid, 1975, p.367; Eduardo María Valpuesta Gastaminza, "Depósitos bancarios de dinero. Libretas de ahorro", in AAVV, *Contratos bancarios*, Madrid, 1992, p. 122.

²⁰⁰ Questo elemento verrà convenientemente analizzato nel V capitolo di questo studio.

equivale -o dovrebbe equivalere- a una custodia del *tantundem*, che esige alla banca di conservare in ogni momento una quantità identica alla somma depositata, vale a dire, un coefficiente di cassa di riserva frazionaria del 100%.

Il problema della doppia disponibilità

Il problema della doppia disponibilità sorge se si adotta la posizione erronea della maggioranza dei trattatisti che considerano il depositario come il vero proprietario dei beni mobili o del denaro depositato. Questa situazione è ontologicamente impossibile poiché non si produce l'esistenza di due proprietari della stessa cosa allo stesso tempo; il depositante richiede la restituzione delle somme depositate in ogni momento e, allo stesso tempo, la banca depositaria dispone dei fondi o delle somme come titolare delle stesse. La disponibilità della somma depositata dal depositante può essere l'aspetto più importante nel contratto di deposito irregolare di denaro poiché causa la difficoltà di qualifica giuridica del contratto da parte di qualche autore²⁰¹ perché nel contratto di deposito - regolare ed irregolare- è una caratteristica imprescindibile la disponibilità a favore del depositante mediante la quale questi ottiene la restituzione di ciò che si è consegnato nel suo momento²⁰². Tuttavia, nella concezione e nella realtà attuale, il depositario -il banchiere- si impossessa delle somme depositate dato che ne è diventato proprietario, collocando il denaro in operazioni a breve, media e lunga scadenza mentre che il cliente può fare uso del denaro mediante un "possibile" diritto di credito che ostenta di fronte al depositario -entità bancaria- nonostante abbia perso la proprietà della cosa o del bene mobile depositato²⁰³.

Intorno alla presunta efficacia traslativa del dominio

Come sappiamo, sia nel contratto di deposito regolare della cosa specifica o comune, che nel contratto di deposito irregolare di beni fungibili o di denaro, non esiste efficacia

²⁰¹ Joaquín Garrigues y Díaz-Cañabate, *Contratos bancarios*, seconda edizione, Madrid, 1975, p. 367.

²⁰² Come segnalato negli articoli 1766 del Codice Civile Spagnolo e 306.1 del Codice di Commercio Spagnolo.

²⁰³ Nel caso del contratto di prestito, l'obbligazione della restituzione e degli interessi maturati non sono esigibili fino alla scadenza del periodo accordato. Invece, nell'odierno contratto di deposito irregolare, c'è una doppia disponibilità sia per il depositante che per l'entità depositaria.

traslativa di dominio²⁰⁴ degli oggetti depositati verso il depositario poiché il deponente continua a conservare la proprietà sulla cosa depositata. Anzi, non esiste nessuna acquisizione del *dominium* della *res deposita* da parte del depositario poiché il depositante dispone della proprietà delle somme depositate in qualsiasi momento che egli le richieda in entrambi modalità di deposito - regolare ed irregolare -.

Le modalizzate obbligazioni nel contratto di deposito irregolare

Alcuni autori mantengono la posizione *erronea* che le obbligazioni tradizionali del depositario nel contratto di deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro appaiano modalizzate²⁰⁵, dovuto alle speciali caratteristiche che il contratto di deposito irregolare di beni fungibili o di denaro assume. Questa posizione si basa nell'argomento per il quale il depositario non è fondamentalmente obbligato alle obbligazioni di tutela e custodia dell'oggetto fungibile del deposito come nemmeno a quella di restituire l'oggetto stesso del deposito, come si sviluppa nel contratto di deposito regolare o comune²⁰⁶. Questo discorso si è materializzato in maniera speciale nel caso del contratto

²⁰⁴ Questo contratto è uno di quelli denominati di buona fede, che non trasmette né la proprietà, né la possessione della cosa", Calixto Valverde y Valverde, *Tratado de Derecho Civil Español*, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1913, tomo III, cap. XXV, p. 520. Benito Gutiérrez Fernández spiega che "il dominio e la possessione delle cose non passano a chi le riceve, a meno che non siano di quelle che di solito si contano, misurano o pesano, e che si consegnino per numero, peso o misura, in questo caso passano al dominio di chi le riceve con l'obbligazione di restituirle della stessa maniera in cui le ha ricevute", Benito Gutierrez Fernandez, *Codigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, prima edizione, Editorial Lex Nova, Madrid, 1869, tomo V, cap. V, p. 228.

²⁰⁵ Joaquín Garrigues y Díaz-Cañabate sottolinea che si tratta di un contratto unilaterale, che genera delle obbligazioni unicamente a carico dell'entità depositaria in *Contratos bancarios*, seconda edizione, Madrid, 1975, p. 374. Allo stesso modo Garrigues indica che il contratto può essere bilaterale se si incorpora il pagamento del servizio per la tutela e custodia attraverso una stipulazione, Joaquín Garrigues y Díaz-Cabañete, "El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, numero 86, año VIII, 1932, p. 93, e José Luis García-Pita y Lastres, "Depósitos bancarios y protección del depositante", in AAVV, *Contratos Bancarios*, Colegios notariales de España, Madrid, 1996, p.179 chiarisce questa posizione per i depositi a scadenza - si intendano contratti di prestito-. Il professor Calixto Valverde y Valverde esprime che il contratto di deposito è "unilaterale se è gratuito, e bilaterale se è retribuito", *Tratado de Derecho Civil Español*, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1913, tomo III, cap. XXV, p. 520. Sulla stessa linea si trova il professor Felipe Sánchez Román e segnala che "mentre il deposito si mantenga nella sua índole generale di gratuito, vale a dire, che non si sia stipulata remunerazione o prezzo per la custodia, questo contratto non può essere che unilaterale. Invece, quando sussiste una retribuzione stipulata a favore del depositario nella celebrazione del contratto, allora la sua natura sarà bilaterale", Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, 2ª edizione coretta ed ampliata, Estudio Tipográfico "Sucesores de Riva deneyra" Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, p. 874.

²⁰⁶ Purtroppo, la Corte di Cassazione (Spagnola) ha confermato la denaturazione delle caratteristiche tradizionali e proprie del contratto di deposito regolare o comune nel contratto di deposito irregolare di

di deposito irregolare di denaro secondo il quale questo innovativo sviluppo teorico spiega che il denaro -come cosa mobile corporale generica, fungibile ed essenzialmente consumabile- si consegna al depositario con lo scopo di fondersi nel patrimonio di questi affinché acquisisca la proprietà delle somme depositate²⁰⁷; al contrario, il cliente ottiene un diritto di credito di fronte all'entità per ottenere la restituzione del *tantundem* una volta realizzata la consegna. Nonostante, in questo contesto, si comprova che la nozione tradizionale della prestazione della tutela e custodia diviene sensibilmente snaturata²⁰⁸ se, infine, la proprietà delle somme depositate sono passate al depositario ed esse si sono fuse nel patrimonio di questi in un modo che non assume l'obbligazione di proteggere l'integrità fisica del denaro depositato evitandone la sua distruzione materiale (o giuridica) e il suo possibile deterioramento. In effetti, il tentativo di modalizzazione delle obbligazioni classiche del depositario nel contratto di deposito irregolare pretende far sparire le caratteristiche proprie del dovere di tutela e custodia del bene depositato -*tantundem*- e l'obbligazione della restituzione dell'oggetto del deposito che significa l'esigenza, in termini bancari, di un coefficiente di cassa di riserva frazionaria del 100%.

Il problema della restituzione

L'obbligazione della restituzione²⁰⁹ pesa sul depositario poiché il depositante ha diritto a che gli sia reintegrato soltanto il *tantundem*²¹⁰ nel contratto di deposito irregolare,

beni fungibili o di denaro, si consultino, per maggiori informazioni le sentenze della Corte di Cassazione (Spagnola) del 24 marzo del 2006, RA 1908, y de 12 de mayo de 2008, RA 4133.

²⁰⁷ Secondo il Fondamento di Diritto 1.º della Sentenza della Corte di Cassazione (Spagnola) in data 11 de marzo del 1992, RA 2170. Tuttavia il professore ordinario di diritto civile e Presidente della Corte di Cassazione -Spagnola- (1938-1939/1945) si domanda: come si può dire che il proprietario di una cosa fungibile abbia l'obbligazione di tutelarla quando si afferma che la stessa si è confusa con le altre del suo patrimonio?, *Instituciones de Derecho Civil Español*, nuova edizione aggiornata e ampliata da Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, Tomo II, Madrid, 1959, Lección 60, p. 358. Naturalmente, come si può notare in questa anteriore domanda di Felipe Clemente de Diego, la risposta è perché il depositante continua a mantenere la proprietà della cosa depositata o la custodia del *tantundem* nel suo equivalente in quantità o qualità (si intenda un coefficiente di cassa del 100%).

²⁰⁸ María del Mar Heras Hernández, *Los sujetos en el contrato de depósito*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997, p. 184.

²⁰⁹ “L'obbligazione principale del depositario è la restituzione della cosa depositata” e continua ancora “Il depositario è obbligato a tutelare la cosa e restituirla, quando gli si chiede, al depositante, o ai suoi aventi causa, o alla persona che fosse stata designata nel contratto”, *Instituciones de Derecho Civil Español*, nuova edizione corretta ed aggiornata da Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, tomo II, Madrid, 1959, lezione 60, p. 360. Il professor Calixto Valverde y Valverde spiega che “l'articolo 1766

senza nessuna possibilità di riscossione di interessi verso il deponente. In effetti, non si realizza nessuna acquisizione del *dominium* della *res deposita* da parte dell'entità depositaria. Il depositario non può restituire la *eadem res* ma bensì il *tantundem eiusdem generis et qualitatis*. Come si può notare il contratto di deposito irregolare di denaro mantiene le stesse caratteristiche del contratto di deposito regolare o comune, mentre non spariscono gli elementi tipici che caratterizzano questa figura contrattuale; conservazione della proprietà della cosa depositata a favore del depositante e l'obbligazione della restituzione del depositario su richiesta del titolare del deposito.

L'inesorabile individualizzazione delle cose od oggetti fungibili depositati

Un'altra delle caratteristiche proprie del contratto di deposito dei beni fungibili o di denaro è la problematica sull'ammissibilità tra la naturale individualizzazione propria delle cose fungibili²¹¹. In questo modo, il depositante consegna delle cose fungibili determinate esclusivamente dal loro peso, numero o misura, poi il depositario non sarà obbligato a restituirle nella loro identità, ma sarà sufficiente restituire al depositante altrettanto della stessa specie e qualità nel momento richiesto dal deponente. In nessun modo, ciò non implica accettare che il depositario acquisisca la proprietà di ciò che si è consegnato poiché soltanto verrà obbligato a restituire altrettanto della stessa quantità e qualità, ma non della stessa identità. La difficoltà di individualizzare le unità specifiche consegnate non significa che si origini un trasferimento della facoltà d'uso e della proprietà verso il deposito, poiché lo spostamento fisico e la possessione del depositario

prima trascritto dice , che la restituzione della cosa deve essere fatta quando il depositante la reclama , *ciò vuol dire, che per fare questo non c'è né termine, né scadenza*, sebbene se ne sia stipulata una, ma non così per il depositario che può restituirla prima della scadenza anteriormente stipulata", *Tratado de Derecho Civil Español*, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1913, tomo III, cap. XXV, p. 527, (i corsivi sono miei). Felipe Sánchez Román manifesta che "nel deposito irregolare, [...], il deponente potrà reclamarla (la cosa fungibile consegnata) , perché il deposito si è soltanto costituito in beneficio dello stesso e non del depositario; e, al contrario, nel mutuo, come celebrato nell'utilità del mutuatario, non potrà essere chiesta dal mutuante la restituzione della cosa prestata sennonché nella scadenza stipulata", Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, 2ª edizione corretta ed ampliata, Estudio Tipográfico "Sucesores de Riva deneyra" Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, pp. 876-877.

²¹⁰ Una sentenza del 7 ottobre del 1997 della Corte di Cassazione (Spagnola) cita, a sua volta, la sentenza della Corte di Cassazione (Spagnola) del 19 Settembre del 1987, la quale indica che "nelle imposizioni bancarie di denaro a scadenza fissa-vale a dire , contratti di prestito- non esiste un deposito propriamente detto in senso giuridico, ma bensì quello rimane proprietà della banca , obbligandosi alla restituzione del *tantundem* quando ne scade il periodo".

²¹¹ Buenaventura Pellise Prats, "Depósito", *Nueva enciclopedia jurídica SEIX*, tomo VI, Barcelona, 1954, p. 870.

dei beni fungibili è perfettamente compatibile, in termini bancari, con l'esigenza di mantenere un coefficiente di cassa di riserva frazionaria del 100% nel caso del deposito irregolare di denaro, ovvero, la custodia o tutela del *tantundem* a disposizione del depositante come causa essenziale e propria del contratto di deposito di denaro a vista. Pertanto, l'obbligazione della custodia e la sua individualizzazione non prospettano nessun problema con la natura propria, genuina e classica del contratto di deposito irregolare.

La non esistenza di una scadenza temporale

L'elemento della scadenza²¹² nel contratto di un deposito irregolare di denaro -deposito a vista- concede al depositante la facoltà di ricevere la cosa depositata *ad nutum* contro il depositario, in modo che l'obbligazione della restituzione si configuri come obbligazione esigibile alla richiesta di questi²¹³. Il contratto di deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro -un contratto di deposito a vista- si inquadra come un contratto di durata indefinita, rimanendo in vigore mentre il deponente conserva la cosa fungibile depositata in mano del depositario. Insomma, l'obbligazione della restituzione assunta dal depositario costituisce un'obbligazione esigibile su richiesta del depositante

²¹² Felipe Clemente de Diego indica che “il deposito deve essere restituito al depositante quando lo reclama, sebbene nel contratto non si sia fissata una scadenza o un termine determinato per la restituzione; perché questa scadenza si è segnalata in beneficio del depositante e ci può rinunciare”, *Instituciones de Derecho Civil Español*, nuova edizione corretta ed aggiornata da Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, tomo II, Madrid, 1959, lezione 60, p. 360. Il professor Benito Gutiérrez Fernández espone che “in riferimento al tempo nel quale bisogna effettuare la restituzione, è indispensabile sapere che il depositario come custode della cosa, deve essere sempre disposto a consegnarla”, Benito Gutiérrez Fernández, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, prima edizione, Editorial Lex Nova, Madrid, 1869, tomo V, cap. V, p. 240. Il professor Felipe Sánchez Román espone che “il tempo della restituzione sarà in base a ciò che si è stabilito per esso, se si è fissato; ma bisogna avvertire che, fissato o no, siccome si considera stabilito in beneficio del deponente, si può intendere efficacemente rinunciato, sempre che questi ne reclami la restituzione, a meno che la scadenza si fosse stabilita in beneficio del depositario o di entrambi le parti, o ci fosse impossibilità materiale per la restituzione, nel momento in cui il deponente la reclami”, Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, 2ª edizione corretta ed ampliata, Estudio Tipográfico “Sucesores de Riva de neyra” Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, p. 886.

²¹³ Joaquín Garrigues y Díaz-Cañabate, *Contratos bancarios*, seconda edizione, Madrid, 1975, p. 375; Juan Madrazo Leal, *El depósito bancario a la vista*, Madrid, 2001, p. 290; Carlos Bertrán de Fernández Armesto, *El derecho del mercado financiero*, Madrid, 1992, p. 279; Sánchez Calero, *Instituciones de Derecho mercantil*, tomo II, Navarra, 2008, p. 327.

che, come tale, il depositario deve soddisfare nel momento in cui gli sia richiesta dal cliente²¹⁴.

L'impossibilità del pagamento degli interessi verso il depositante

Un altro delle principali caratteristiche del contratto di deposito irregolare di denaro è la non esistenza dell'accredito degli interessi al depositante poiché non esiste uno scambio di beni presenti per beni futuri. Al contrario, l'unico pagamento monetario possibile che è possibile concepire nel contratto di deposito irregolare di beni fungibili o denaro è l'attività realizzata dal compito di tutela e custodia o quei servizi di cassa o gestione del conto corrente stipulato: assegni, carte di credito, domiciliazioni bancarie, fra gli altri. Non si inserisce, quindi, il pagamento degli interessi come remunerazione delle cose depositate da parte del depositario verso il deponente. In questo senso, il contratto di deposito irregolare dei beni fungibili o denaro mantiene le caratteristiche essenziali del contratto di deposito comune e, nuovamente, bisogna insistere che non è possibile il pagamento o nessuna remunerazione verso il deponente, allo stesso modo degli altri

²¹⁴ Si sono sviluppati dei dibattiti da parte di alcuni autori sul trascorrere del tempo nel contratto di deposito irregolare di beni fungibili o di denaro. L'estinzione del deposito irregolare di beni fungibili o di denaro o deposito a vista- è stato oggetto di regolazione negli articoli 943 del Codice di Commercio Spagnolo e l'articolo 1964 del Codice Civile Spagnolo in el que advierte que el depositante ostenta nel quale avverte che il depositante ostenta una prescrizione dell'azione di carattere personale alla restituzione delle somme depositate nel depositario con un termine di prescrizione di quindici anni . Questo dibattito teorico prospetta tre posizioni diverse per determinare *el dies a quo* del computo del termine di prescrizione dell'azione. In primo luogo la prima, basata nel principio *actio nondum nata non praescribitur*, in conformità alla quale il termine di prescrizione dei depositi deve cominciare dallo stesso giorno della sua costituzione , poiché da questo stesso giorno si può esercitare il diritto alla restituzione dell'oggetto depositato (Giacomo Molle, "I contratti bancari" in *Trattato di cir. civ. e comm.*, Cicu e Messineo, Milano, 1978., p. 181). La seconda posizione sostiene che il *dies a quo* dell'azione del depositante sarebbe il momento nel quale sollecitata la restituzione , essa non ha luogo a causa dell'opposizione dell'entità depositaria che si rifiuta a compiere la propria obbligazione di restituzione, Joaquín Garrigues y Díaz-Cañabate, *Contratos bancarios*, seconda edizione , Madrid, 1975, pp. 384-385; José Luis García-Pita y Lastres, "El depósito bancario de efectivo", en AAVV, *Contratos bancarios y parabancarios*, Valladolid, 1998, p. 1001. L'ultima presume che il ripetuto e costante invio degli estratti del conto corrente -associata al contratto di deposito irregolare- o lo stato delle cose fungibili del deposito irregolare comporta per il depositario o per l'entità bancaria il riconoscimento continuato degli oggetti depositati mediante un documento privato che , conseguentemente , impedisce la prescrizione interrompendone il suo corso , Joaquín Garrigues y Díaz-Cañabate, *Contratos bancarios*, seconda edizione , Madrid, 1975, p. 385; José Luis García-Pita y Lastres, *El depósito bancario de efectivo*, en AAVV, *Contratos bancarios y parabancarios*, Valladolid, 1998, p. 1001.

giuristi prospettano la possibilità di una remunerazione del depositario verso il cliente per le somme depositate²¹⁵ in maniera scorretta e contraria al Diritto.

Normativa regolatrice

Infine, è conveniente segnalare qual è la logica normativa di ogni organo statale sui contratti bancari che stiamo analizzando, principalmente, il contratto di deposito regolare, il contratto di deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro e il contratto di prestito. La realtà del contratto di deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro permette la propria inclusione nel negozio dell'impresa bancaria, per il quale oltre al regime giuridico generale dei depositi mercantili, gli si applica, in conformità all'articolo 310 del Codice di Commercio Spagnolo, lo statuto delle banche depositarie. Secondo alcuni autori questa prospettiva apporta ben poco da un punto di vista storico²¹⁶ sebbene l'oggetto continui ad essere lo stesso, vale a dire, dirigere e controllare mediante numerose e abbondanti legislazioni l'esercizio del settore bancario e finanziario. Concretamente, nel caso Spagnolo, tutte le circolari del Banco di Spagna implicano direttamente o indirettamente l'oggetto della nostra materia di studio Dunque, e come non potrebbe essere d'altro modo, l'inadempimento di un coefficiente di cassa del 100% in relazione al contratto di deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro, ha bisogno, obbligatoriamente, di un'eccessiva ed odiosa normativa settoriale bancaria per regolare l'attività di quei depositari più importanti che ci siano nell'attualità, ovvero, le entità bancarie o di credito. Questa normativa e legislazione ha come obiettivo la tutela dei depositanti attraverso diversi cammini per ottenere che le entità depositarie usufruiscano della "liquidità" e solvenza necessarie per assicurare le restituzioni dei beni fungibili o fondi depositati. Come abbiamo annotato nella nostra introduzione²¹⁷, un sistema finanziario che agisce con una banca di riserva frazionaria ha bisogno di un

²¹⁵ Il giurista don Fernando Sánchez Calero mostra la "supposta" normalità che compie il ruolo degli interessi nel contratto di deposito irregolare di denaro, diversamente, secondo lo stesso autore, dal contratto di deposito regolare o comune, l'interesse del suddetto contratto risiede quasi esclusivamente nel depositante, Sánchez Calero, *Instituciones de Derecho mercantil*, tomo II, Navarra, 2008, p. 128.

²¹⁶ Rafael García Villaverde, "Depósito mercantil", *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo II, Madrid, 1995, pp. 2141-2146.

²¹⁷ C'è un'inevitabile necessità che tutto il sistema finanziario con un coefficiente di riserva frazionaria fraccionaria disponga dell'esistenza di un banco centrale nel caso di insolvenza, mancanza di liquidità o panico bancario.

banco centrale per garantire le linee di credito e la creazione di denaro nel momento che ce ne sia bisogno. Nel caso Spagnolo, a effetti puramente informativi, la celebrazione di un contratto di deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro -un deposito a vista per esempio- si regola mediante le condizioni generali della contrattazione, e più concretamente sono applicabili le norme contenute nella Legge 7/1998, del 13 aprile, che regola le condizioni generali della contrattazione e anche la legislazione protettiva dei consumatori presente nel Decreto Reale Legislativo 1/2007, del 16 novembre, per la quale si approva il Testo Aggiornato della Legge Generale per la Difesa dei Consumatori e degli Usuari e altre leggi complementarie minori.

Funzione economica e sociale dei contratti di deposito irregolare di denaro

Il contratto di deposito di beni fungibili o di denaro, noto più popolarmente come depositi irregolari, sviluppa un'attività importante che, a differenza dei depositi regolari o comuni, questi non sono depositi di cose specifiche e facilmente individualizzabili. Pertanto, il costo per depositare un bene fungibile come, per esempio, il grano in sili separati, numerati e classificati non avrebbe nessuna logica come neanche collocare cartamoneta o banconote bancarie in una busta chiusa con numerazione individuale. Questi casi verrebbero inclusi in un deposito regolare (senza il trasferimento della proprietà) perciò rinuncerebbero all'efficacia e allo sconto dei costi per quei depositi indistinguibili fra loro²¹⁸, oltre a non applicare nessun costo né nessuna perdita di proprietà né disponibilità per il deponente che ha a sua disposizione un *tantundem* simile in riferimento alla sua quantità e qualità ma non identico in riferimento al suo contenuto specifico e concreto consegnato. I tradizionali vantaggi che si aggiungono al contratto di deposito irregolare da parte di quei depositari denominati banchieri si caratterizzano allo stesso modo, principalmente, attraverso due modalità contrattuali connesse al contratto di deposito irregolare di denaro. Queste due modalità apprezzabili nel caso concreto del contratto di deposito irregolare di denaro sono i conti correnti e i libretti di risparmio. La modalità contrattuale dei conti correnti è stato un prodotto

²¹⁸ Nel caso concreto del deposito irregolare di denaro, a questi vantaggi bisognerebbe aggiungerne un altro, cioè, quello che deriva da un eventuale servizio di cassa che con carattere generalizzato si offre da parte dei banchieri depositari.

finanziario molto unito alla banca commerciale che era ampiamente utilizzato dagli imprenditori. Così, il deposito irregolare di denaro mediante il conto corrente si caratterizza per il suo regime operativo che si offre insieme alla disponibilità completa dei beni fungibili o fondi depositati a disposizione del depositante, vale a dire, la prestazione di un classico servizio di cassa; la possibilità di domiciliare ricevute a carico del conto, estendere assegni, utilizzare carte di credito, così come agevolare una funzione di contabilità del saldo corrispondente e gli accrediti o carichi effettuati nel conto e compensati quotidianamente. Al contrario, l'altra modalità denominata libretti di risparmio è stata storicamente unita alle casse di risparmio²¹⁹ che offrivano questo servizio contrattuale a quelle persone con lo scopo di risparmiare. Questa forma contrattuale ha poca rilevanza e un servizio di cassa minimo poiché l'oggetto del libretto di risparmio era diretto come uno strumento per il risparmio senza nessun accreditamento di interessi al depositante. I depositi irregolari di denaro nei libretti o conti di risparmio non agevolavano un servizio di cassa (caso mai minimo) dato che le possibilità si limitavano al versamento di fondi e l'adempimento dell'ordine di pagamento da parte del depositario. È comprensibile che un libretto di risparmi non ammetta scoperti come neanche carichi nel proprio libretto perché ogni operazione doveva essere realizzata mediante accredito o consegna allo sportello senza la possibilità di utilizzare le carte di credito, né assegni. In definitiva, il deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro con il libretto di risparmio sopporta una minore mobilità dei fondi depositati come anche una maggior stabilità e sicurezza dei saldi monetari. Oggigiorno, entrambe modalità contrattuali (conto corrente e libretto di risparmio) si sono avvicinate tanto che nella pratica sono difficilmente distinguibili. L'offerta del classico servizio di cassa prestato attraverso il contratto di deposito irregolare di denaro mediante entrambe modalità è praticamente identico e appena ci sono piccole differenze. Nell'attualità, è doveroso segnalare che il contratto di deposito irregolare di denaro materializzato riceve delle retribuzioni sotto forma di interesse attraverso due modalità contrattuali. Naturalmente, come si è già visto e si segnalerà posteriormente, la retribuzione di un interesse al depositante non forma parte del contenuto proprio del contratto di deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro, perfino, in questo caso, il

²¹⁹ Ángel Luis Monge Gil, "Algunos aspectos de las libretas que documentan imposiciones a plazo y de las libretas de ahorro", *Revista de Derecho bancario y Bursátil*, núm. 62, abril-junio 1996, p. 332.

depositante è il soggetto che deve retribuire l'altra parte per il servizio di tutela²²⁰, custodia e il resto dei servizi di cassa²²¹. Ci sono degli altri notevoli vantaggi a favore del deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro poiché il depositario non si responsabilizza se si produce la perdita della cosa consegnata per caso fortuito o forza maggiore nel caso del deposito regolare o di cose specifiche mentre il depositario si fa responsabile perfino in entrambi i casi²²² nel deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro. Riassumendo, a parte dei benefici tradizionali di disponibilità immediata e custodia del deposito, il deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro integra questa qualità assicuratrice di fronte alla possibilità di perdita per caso fortuito²²³.

Conseguenze giuridiche dell'inadempimento dell'obbligazione essenziale nel contratto di deposito irregolare di denaro

Non c'è alcun dubbio, le conseguenze giuridiche dell'inadempimento dell'obbligazione essenziale nel contratto di deposito irregolare sono diverse ed importanti secondo la natura dell'atto delittuoso da parte del depositario; sia mediante l'emissione della quantità di ricevute per un importo superiore al bene fungibile o denaro originariamente depositato (reato di falsificazione in documento e reato di truffa) oppure attraverso la

²²⁰ Il professor Calixto Valverde y Valverde opina che "il deposito retribuito (al depositario) è bilaterale nel genuino senso del concetto, e se il deposito è retribuito, l'obbligazione del de depositante è accreditare la retribuzione al depositario, perché sebbene non ci sia un testo speciale che lo affermi, dal momento che è permesso questo tipo di deposito, esiste l'obbligazione di soddisfare ciò che si è promesso dal deponente", inoltre, aggiunge che il "dotto Felipe Sánchez Román crede, che se c'è remunerazione nel deposito e si accredita, il depositante non ha l'obbligazione di risarcire i danni, Manresa invece pensa, che possono realizzarsi entrambe le cose e che non c'è un articolo che autorizzi tale alternativa", *Tratado de Derecho Civil Español*, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1913, tomo III, cap. XXV, p. 531.

²²¹ Mediante i servizi finanziari classici come sono :servizi di contabilità, cambio di valuta, deposito dei titoli valori, compravendita dei titoli, , cassette di sicurezza, concessione di veri contratti giuridici di prestito, fra gli altri. Vid. Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. IV, p. 136.

²²² Naturalmente, il professor Calixto Valverde y Valverde indica che "il depositante è obbligato a rimborsare il depositario per le spese che abbia affrontato per la conservazione della cosa depositata e risarcirlo per tutti i danni arrecati dal deposito ", *Tratado de Derecho Civil Español*, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1913, tomo III, cap. XXV, p. 531.

²²³ Secondo il giurista Pasquale Coppa-Zuccari "a differenza del deposito regolare, l'irregolare gli garantisce la restituzione del tantundem nella stessa specie e qualità, sempre ed in ogni caso...Il deponente irregolare è garantito contro il caso fortuito, contro il quale il depositario regolare non lo garantisce; trovasi anzi in una condizione economicamente ben più fortunata che se fosse assicurato", Véase Pasquale Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, Biblioteca dell' Archivio Giuridico Filippo Serafini, vol. VI, Módena 1901, pp. 109-110.

creazione contabili di depositi a vista nei libri di contabilità del depositario della banca (reato di appropriazione indebita).

Reato di falsificazione in documento e reato di truffa

In effetti, come si può comprovare, l'inadempimento dell'obbligazione di tutela e custodia del *tantundem*, in relazione all'emissione della quantità di ricevute per un importo superiore al denaro in origine depositato, produce vari reati connessi e notevoli. In primo luogo, può esistere un reato di falsificazione di documento (per l'emissione di certificati falsi) se il depositario manipola il numero di certificati o ricevute di deposito per un importo maggiore a quello che realmente si è depositato. La falsificazione di un documento²²⁴ incorre nel proprio uso e diviene in un atto posteriore impune se naturalmente tale uso è prodotto dal proprio falsificatore poiché l'obiettivo proposto del delitto di falsificazione in documento ha origine nel motivo di causare un danno economico ad un altro o anche se tale falsificazione si pretende presentare a giudizio²²⁵. La prima modalità si incrimina con il motivo del danno economico che può causare. L'importanza della prova documentale in un processo determina che l'uso del documento falso sia castigato espressamente; nel caso in cui il documento falso si usi per danneggiarne un altro e il danno si produca effettivamente ci sarà, inoltre, il corrispondente concorso ideale-strumentale con la truffa²²⁶. In questo supposto, nel caso dell'emissione della quantità di ricevute per un importo superiore al denaro in origine depositato, comporta non soltanto la falsità documentale in ognuna delle sue modalità²²⁷, ma bensì che essa si trovi assiduamente in concorso²²⁸ con il delitto di

²²⁴ È conveniente chiarire che, a effetti penali, si è assimilata la falsificazione di documenti commerciali alla falsificazione di documenti pubblici e ufficiali, ovvero, quelli menzionati secondo il Codice di Commercio Spagnolo e che abbiano validità ed effetto in conformità a questo. In realtà, questi documenti assumono la categoria di privati, sebbene il legislatore li assimili nel proprio trattamento penale ai pubblici data la loro trascendenza per il traffico giuridico (assegni, polizze assicurative, assegni agli sportelli, ecc.).

²²⁵ Articolo 393 del Codice Penale Spagnolo: "Chi, pur sapendo la sua falsità, presenterà a giudizio o, per danneggiare l'altro, facesse uso di un documento falso tra quelli compresi negli articoli precedenti sarà castigato a una pena inferiore in grado a quella segnalata ai falsificatori".

²²⁶ Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal Parte Especial*, Sedicesima edizione, corretta ed aggiornata, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, seconda parte, prima sezione, cap. XXXI, p. 733.

²²⁷ A eccezione del numero 4° dell' articolo 390,1 del Codice Penale Spagnolo.

truffa (se con l'emissione di tali certificati si pretendeva ingannare i terzi ottenendo un lucro determinato)²²⁹. Allo stesso tempo, il concetto di truffa può essere definito, per esempio, nei termini menzionati nel paragrafo 1 dell'articolo 248 del nostro Codice Penale Spagnolo che dice: "Commettono truffa quelli che, con animo di lucro, utilizzano l'inganno per indurre l'altro a commettere un errore, istigandolo a realizzare un atto di disposizione in danno proprio o altrui". Da questa spiegazione si deducono i diversi elementi essenziali per l'esistenza di un delitto di truffa²³⁰ che sono quattro, ovvero, inganno, errore, disposizione patrimoniale e danno²³¹:

- Il primo elemento del delitto di truffa segnala l'azione del soggetto attivo, ovvero, *il comportamento ingannevole*. Questo si utilizza "in una simulazione o dissimulazione capace di indurre a errore una o più persone"²³². Si può utilizzare sia nella manifestazione di fatti falsi che nella simulazione o deformazione delle azioni vere. Un primo esempio potrebbe essere l'attribuzione d'influenza che non si ha dei beni inesistenti previ, vale a dire, l'incapacità di mantenere la custodia del *tantundem* di un deposito a vista di denaro (cioè, un coefficiente di cassa di riserva frazionaria del 100% senza il corrispondente collaterale). Un secondo esempio potrebbe essere la defraudazione nella qualità di un bene o cosa.
- Il secondo elemento di questo delitto avverte che questo comportamento ingannevole deve essere "sufficiente" per produrre un *errore* in un'altra persona. Si intende che c'è un errore quando si è originata una supposizione falsa derivata

²²⁸ La falsità documentale è un mezzo molto usuale per la commissione di altri delitti, perciò sarebbero applicabili le regole dell'articolo 77 del Codice Penale Spagnolo (Sentenza della Corte di Cassazione - Spagnola-, 2 Marzo 1979)

²²⁹ E lo stesso succede con la relazione tra falsità e malversazione, appropriazione indebita e altri esempi.

²³⁰ Per la stesura degli elementi di delitto di truffa si è utilizzato il manuale di riferimento del penalista don Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal Parte Especial*, Sedicesima edizione, corretta ed aggiornata, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. In relazione al delitto di truffa si è consultata come bibliografia basica le pagine 420-435 e specialmente, le pagine 422-430 y 434; quindi, in relazione al delitto di falsificazione di documento si sono consultate le pagine 715-738 e in particolare le pagine 722 y 732-733.

²³¹ Come è logico tra inganno e danno deve intercedere una relazione di causalità in modo che l'inganno sia la causa o il motivo del danno. Pertanto, se manca questa relazione non esiste la commissione di un delitto di truffa.

²³² José Antón Oneca, voz: *Estafa*, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Calos, E.Mascareñas (dir.), tomo IX, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1958, p. 61

dall'azione ingannevole; deve trovarsi una relazione di casualità tra entrambi, ovvero, l'oggetto centrale della nostra ricerca che è la differente causa o motivazione esistente tra le due parti nel contratto di deposito irregolare del bene fungibile o di denaro, cioè, depositante e depositario. In effetti, il depositante crede di disporre delle sue unità monetarie in qualsiasi momento mentre, allo stesso tempo, il depositario utilizza il denaro del depositante per le proprie operazioni attive (prestiti, ecc). D'altro canto, la determinazione della causa dell'inganno creato per produrre *errore* è una questione che, in alcuni casi, deve risolversi in attenzione alle diverse circostanze concorrenti. In questo senso basta che si possa astrattamente esercitare un dominio nell'animo del soggetto passivo che lo stimoli a realizzare una disposizione patrimoniale come anche attenersi alla personalità del soggetto in concreto; la sua intelligenza, la sua età, le sue relazioni con il soggetto attivo, ecc. In ogni caso, il soggetto passivo deve possedere una capacità minima giuridicamente riconosciuta di disposizione delle cose²³³.

- Il terzo elemento è la *disposizione patrimoniale*. Il soggetto passivo ingannato deve effettuare una disposizione patrimoniale (consegna di denaro) come conseguenza dell'errore, ovvero, la consegna di una cosa o la prestazione di un servizio, sia mediante un fare (realizzare un pagamento monetario) che un omettere (rinunciare a un credito)²³⁴.

²³³ Se ci troviamo di fronte a un minorenne o a un malato di mente, l'inganno può essere considerato come furto e non truffa. Al contrario, nel supposto che il soggetto passivo realizzi un atto patrimoniale senza nessun tipo di errore, essendo consapevole dell'inganno del quale è oggetto, non esiste neanche un delitto di truffa: falsi indovini, cartomanti, letture dell'oroscopo, tra gli altri. È necessario annotare la posizione che mantiene Gómez Benítez in *Función y contenido del error en el contrato de estafa*, ADP, 1985, p. 338, quando rifiuta l'autonomia nell'errore come elemento concettuale della truffa, poiché ciò che importa è l'idoneità del comportamento ingannevole in sé, ciò che deve valutarsi d'accordo con i criteri dell'imputazione obiettiva. Su questa linea, Nuria Pastor Muñoz "El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa", in Varios, Jesús María Silva Sánchez (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp.103 e ss., mantiene che soltanto c'è inganno típico nella truffa quando si può confermare che il soggetto attivo ha infranto il dovere della veridicità o ha leso un diritto alla verità del soggetto passivo, assegnando come criteri condizionanti il modello d'informazione vigente nel mercato, la posizione dei soggetti nella relazione economica e, nei casi di debilità della vittima (minorenni, persona inesperta) inesperta), il livello di rilevanza che il Diritto concede a questa debilità.

²³⁴ Valle Muñiz, *El delito de estafa: delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Barcelona 1987, pp. 215 y ss.

- Il quarto e ultimo elemento del delitto di truffa segnala che la disposizione patrimoniale deve aver prodotto un *danno economico nella persona ingannata o in un terzo*. Questo danno, di carattere patrimoniale, suppone una lesione degli elementi indeterminati del patrimonio del soggetto, senza apprezzarlo nella sua totalità²³⁵. Più concretamente, nel caso del deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro, la produzione di un danno economico nella persona ingannata o a terzi suppone una perdita parziale del potere acquisitivo dell'unità monetaria, materializzata mediante la creazione di banconote bancarie per un importo superiore al denaro depositato che agiscono a loro volta come sostituti monetari perfetti. Dopo aver saputo che si riconosce come danno, bisogna stabilire la propria fissazione sia nell'entità della pena (articolo 250, 1, 6° del Codice Penale Spagnolo), che nel limite esistente tra la mancanza del delitto e il delitto di truffa (articoli 249 e 623,4 del Codice Penale Spagnolo)²³⁶.

La truffa si include dentro i delitti patrimoniali denominati come “arricchimento” poiché il danno causato di solito è accompagnato da un beneficio per l'autore dell'inganno- entità bancaria depositaria - o per un terzo. Questo beneficio è lo scopo dell'autore che commette il delitto che è essenziale per la caratterizzazione della tipicità e stabilire l'elemento soggettivo specifico basico; ovvero, l'animo di lucro. Nel tipo soggettivo si richiede anche il dolo poiché deve includere o menzionare gli elementi obiettivi previamente citati, ovvero, inganno, errore, disposizione patrimoniale e

²³⁵ In questo senso le semplici aspettative di lucro non riconosciute giuridicamente non sono degli elementi del patrimonio, neppure in senso giuridico, né economico, ; e, pertanto, la sua lesione non costituisce un danno patrimoniale (assicurare benefici futuri stabili in un negozio per esempio). Ingannare su questi estremi può essere, senza dubbio, un notevole inganno, ma il problema è conoscere se la frustrazione delle aspettative promesse costituiscono un danno patrimoniale (caso dell'emissione falsificate di cartamoneta o banconota). Per considerare questi casi come delitto di truffa bisognerà includere insieme al concetto obiettivo económico-giuridico di patrimonio, un aspetto soggettivo o individuale secondo il quale il danno o danno patrimoniale si determina in funzione del valore d'uso o dell'impiego che l'acquirente pensava di dare alla cosa.

²³⁶ Nel caso Spagnolo, lo stabilimento della quantità del danno patrimoniale, sia nel momento di applicare la qualificazione dell'articolo 250,1, 6° del Codice Penale Spagnolo che determinare la quantità di 400 euro che distingue il reato dalla contravvenzione, bisogna precisare il valore del mercato della cosa o prestazione defraudata del componente patrimoniale specificamente danneggiato che è il bene giuridico concreto e protetto nel reato di truffa. Nel reato di truffa non c'è un'aggressione al danno intero o perdita patrimoniale totale risultante (soltanto per lo stabilimento della responsabilità civile) poiché non c'è un attacco al patrimonio come un insieme in questo caso ma bensì a concreti elementi integranti dello stesso.

produzione di un danno²³⁷. Una menzione a parte richiede l'articolo 251 del Codice Penale Spagnolo che comprende dei tipi di truffe che sviluppano lo stesso concetto generale del delitto di truffa, ma con un ambito penale specifico per ognuno di essi (pena di prigione da uno a quattro anni), estratto dal regime di pena, basico e qualificato, previsto per le altre truffe. Concretamente, una delle truffe specifiche da segnalare nella concessione di *contratto simulato* un comportamento ingannevole destinato ad un'altra persona, estranea ai propri contraenti e sotto una fittizia apparenza contrattuale, avente lo scopo di realizzare una disposizione patrimoniale nociva e lesiva per essa.

Processo contabile bancario di espansione creditizia in relazione al delitto di falsificazione in documento e delitto di truffa: l'emissione di banconote falsificate senza reale copertura

L'analisi contabile²³⁸ e giuridico rispetto all'emissione di banconote bancarie senza copertura per un volume superiore a quello consegnato in origine permette di focalizzare più chiaramente il delitto di falsificazione in documento e il delitto di truffa realizzato da quei depositari, in generale, denominate entità bancarie. In un primo momento, le entità depositarie - le banche - agiscono come veri depositari del denaro

²³⁷ La combinazione di lucro-danno è l'essenza di ogni truffa. Ciò non significa che il danno causato sia stato perseguito direttamente dal soggetto della truffa. L'obiettivo finale dell'autore (o autori) del delitto di truffa è l'arricchimento poiché il danno realizzato a terzi non si realizza consapevolmente (raramente in maniera diretta) e a volte, addirittura, si rattrista realizzandolo. Ma ciò in ogni caso non elimina l'animo di lucro. La maggioranza di chi realizza un affare rischioso cercano che l'attività commerciale o l'affare abbiano dei benefici imprenditoriali in un breve periodo di tempo e continui ad avanzare; sebbene l'essenza dell'attività commerciale costitutiva del delitto di truffa pretenda includere che il possibile fallimento dello stesso sia rimpiazzato in forma di danno patrimoniale verso terze persone. In questi casi l'"animo di lucro" si profila mediante una struttura organizzativa per non assumere i possibili danni e perdite derivati dalla suddetta attività commerciale. Infine; benefici per gli autori del delitto, danni per gli altri. Il delitto di truffa si caratterizza per la forma fraudolenta di ottenerlo, non per il desiderio intrinseco di ottenere del lucro.

²³⁸ L'analisi contabile utilizzato in questo studio è quello impiegato nel mondo anglosassone che è più fededegno e reale al momento di captare la creazione contabile dei mezzi fiduciari. F. A. Hayek lo espone così: "English banking practice credits the account of the customer with the amount borrowed before the latter is actually utilized", *Monetary Theory and the Trade Cycle*, (1933), Augustus M. Kelley, Clifton 1975, p. 154. Da parte sua, Luis de Olariaga ha tradotto questo studio in spagnolo e la sua citazione è la seguente: "La banca inglese accredita nel conto del cliente la quantità prestata prima che egli la possa utilizzare. Al fine del nostro supposto è facile comparativamente sorvegliare il proceso di incremento dei mezzi di circolazione e, quindi, è fuori discussione", *La teoría monetaria y el ciclo económico*, Espasa Calpe, Madrid 1936, p. 128, tutto ciò citato in Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. IV, pp. 157-158.

ricevuto in conformità ai principi generali del Diritto che il contratto giuridico di deposito irregolare di denaro richiede per funzionare. Così nell'esempio seguente, la banca "X" riceve codeste unità monetarie (oro o qualsiasi altro tipo di *moneta merce*) e consegna delle ricevute, banconote o *certificati di deposito* al portatore per la quantità totale consegnata al depositario. In questa maniera l'annotazione da effettuare nel libro Diario della banca per compiere questo contratto giuridico è la seguente:

Banco "X"		
deve		avere
100.000 u.m. Cassa	x a	Certificati di depositi o banconote bancarie
		100.000 u.m.

In questo caso, la banca depositaria rispetta il contratto di deposito e i principi generali del Diritto poiché mantiene un coefficiente di cassa di riserva frazionaria del 100%. Progressivamente la banca può acquisire certa fiducia da quei depositanti che consegnarono le loro rispettive unità monetarie e, a loro volta, cominciano a utilizzare le rispettive banconote (ricevute o certificati di deposito) nello stesso modo delle unità monetarie depositate previamente (*sostituti monetari perfetti*). Poiché il denaro è un bene presente (mezzo di scambio, unità di conto e deposito di valore), le persone richiedono e utilizzano queste banconote *come se fossero denaro* nelle loro transazioni commerciali, senza la necessità di andare a ritirare le loro unità monetarie - riserve - alla banca depositaria. Questo è il preciso momento nel quale il depositario - la banca - comincia a vedersi tentata a emettere un numero di banconote o certificati di deposito per un volume superiore a quello realmente depositato. Si noti, dunque, il flagrante inadempimento dei principi generali, tradizionali ed universali del Diritto nel non materializzarsi un coefficiente di cassa di riserva frazionaria del 100%, commettendo un delitto di falsificazione in documento (a causa della creazione di una banconota bancaria senza copertura) e un delitto di truffa (per averlo introdotto nel sistema economico senza copertura²³⁹ previa). Mentre la banca conserva il suo prestigio e la fiducia dei

²³⁹ "He who has made a special promise to give definite parcels of goods in return for particular individual papers, cannot issue any such promissory papers without holding corresponding goods. If he does so, he will be continually liable to be convicted of fraud or default by the presentation of a particular

cittadini, ciò suppone che un coefficiente di cassa del dieci per cento ($c=0,1$) sarà sufficiente per far fronte alle proprie attività finanziarie e prelevamenti in contanti abituali. Pertanto, la banca può riuscire ad emettere fino alla quantità di 90.000 banconote bancarie o certificati di deposito *senza copertura* nel seguente modo:

Banco “X”

deve		avere
90.000 u.m. Prestiti	x a	Banconote bancarie senza copertura 90.000 u.m.

In questo caso anteriore la creazione di banconote senza copertura (*falsificate*) si è impostata totalmente verso la concessione di contratti giuridici di prestito, benché l’entità depositaria - la banca potesse aver utilizzato la creazione di queste banconote per l’acquisto di qualsiasi attivo o qualsiasi altro pagamento da realizzare. Così, quindi, il bilancio della situazione riguardo all’emissione delle banconote bancarie senza copertura- avendo commesso un reato di falsificazione in documento e reato di truffa e non adempiendo i principi generali del Diritto - è il seguente:

Bilancio della situazione della banca “X”
(alla fine dell’esercizio)

Attivo		Passivo	
Cassa	100.000 u.m.	Banconote bancarie	190.000 u.m.
Prestiti concessi	90.000 u.m.		
Totale Attivo	190.000 u.m.	Totale Passivo	190.000 u.m.

Si può, infine, notare come si è prodotto un incremento o una creazione della quantità di denaro nel mercato in circolazione allo stesso tempo che le due parti reputano sincronicamente avere a disposizione centomila unità monetarie (il depositante originario con le sue corrispondenti ricevute) e novantamila unità monetarie (quegli

document”, William Stanley Jevons, *Money and the Mechanism of Exchange*, D. Appleton & Co., Nueva York 1875, y Kegan Paul, Londres 1905, p. 209, citato in Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. IV, p. 197).

individui che ricevono le banconote emesse senza copertura). In totale, nel mercato si è sperimentato un incremento di centonovantamila unità monetarie della massa monetaria totale.

Reato di appropriazione indebita

D'altra parte, la conseguenza giuridica dell'inadempimento dell'obbligazione essenziale di tutela e custodia del *tantundem* nel deposito irregolare riguardo alla creazione di depositi a vista da parte del depositario si materializza in maniera distinta a quella menzionata anteriormente. Così, infatti, il reato prodotto dall'inadempimento dell'obbligazione di tutela e custodia del *tantundem* nel deposito irregolare riguardo alla creazione dei depositi a vista non si iscrive in un reato di falsificazione in documento e reato di truffa, ma bensì, al contrario, in un reato di appropriazione indebita. In primo luogo è necessario segnalare che *il non adempimento dell'obbligazione di tutela e custodia* nel deposito irregolare produce l'obbligazione di risarcire il depositante, e se il suddetto inadempimento è doloso avente lo scopo di utilizzare la cosa depositata in proprio uso e beneficio, *si produce la consumazione di un reato di appropriazione indebita*. Ci sono diversi esempi o casi nei quali il reato di appropriazione indebita si genera; nel caso di un deposito regolare dove il depositario, per esempio, utilizza una macchina o una bicicletta con lo scopo di usarle o venderle in proprio beneficio o, al contrario, nel caso di un deposito irregolare in cui il depositario impiega le quantità ricevute in uso proprio, senza mantenere la tutela e la custodia del *tantundem* equivalente in ogni momento a favore del depositante. Quest'ultimo caso, per esempio, succederebbe se il depositario di grano non ne conservasse una quantità uguale a quella totale che gli è stata depositata nei suoi depositi o se il depositario utilizzasse il bene fungibile o denaro per fini propri (spendendolo per i propri profitti o prestandolo a un terzo), senza mantenere, evidentemente, in termini bancari, un coefficiente di cassa di riserva frazionaria del 100%.

Diversamente dalla commissione dei reati di falsificazione di documento e truffa, il reato di appropriazione indebita²⁴⁰ non richiede inganno previo poiché questa caratteristica è essenziale principalmente nel reato di truffa. La possessione della cosa è in origine lecita nel delitto di appropriazione indebita e, in seguito, sorge l'animo di appropriarsela illecitamente. L'origine o la causa della costituzione della possessione nel reato di truffa va preceduta da un comportamento ingannevole, mediante il quale la possessione è sin dal primo momento evidentemente illecita. Questa posizione viene seguita sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina benché, poi nella pratica, si prospettano dei conflitti sulla prova di inganno previo e la sua inclusione nell'ambito penale del reato di truffa (e non in quello dell'appropriazione indebita). Secondo l'articolo 252 del Codice Penale Spagnolo, l'*azione* nel reato di appropriazione indebita consiste in un atto di appropriazione della cosa, cioè, disporre di esse *come se fossero proprie* (l'uso delle unità monetarie per il depositario), tramutando la possessione lecita originaria (il depositante consegna la somma monetaria al depositario) in una proprietà illecita o antiggiuridica (l'appropriazione indebita della somma depositata dal depositario per farne un uso particolare). Quest'azione può materializzarsi attraverso degli atti positivi della disposizione delle cose oppure negando di averle ricevute:

- Atti positivi dispositivi della disposizione delle cose: La disposizione non autorizzata del denaro implica un atto di appropriazione indebita del soggetto che se ne approfitta grazie a che questi ostenti la facoltà di possessione dello stesso. L'articolo 252 del Codice Penale Spagnolo versa sull'appropriazione e sulla distrazione; sebbene non ci siano differenze importanti tra l'azione di appropriazione o distrazione poiché la *distrazione* continua ad essere una forma di appropriazione e non un semplice uso diverso dall'accordato. Non è sufficiente un semplice uso della cosa posseduta - del denaro in questo caso -,

²⁴⁰ La 2ª sezione del VI Capitolo trata dell'appropriazione indebita e in essa, insieme all'appropriazione indebita propriamente detta nell'articolo 252, si tipizzano anche due supposti molto simili, ma tuttavia non esattamente coincidenti. L'articolo 252 dice: "*Verranno puniti con le pene dell'articolo 249 o 250, in questo caso, quelli che si appropriano o sottraggono denaro, effetti, valori o qualsiasi altra cosa mobile o attivo patrimoniale, causante danno all'altro, en su caso, ricevuti in deposito, commissione, o amministrazione, o per un altro titolo che produca l'obbligo di consegnarli o restituirli o che negassero di averli ricevuti, quando la quantità di ciò che si è appropriato superi i 400 euro. La suddetta pena si imporrà nella sua metà superiore nel caso di deposito necessario e miserabile*".

ma bensì che è necessario un vero atto di appropriazione²⁴¹; per esempio, la creazione contabile di depositi a vista come collaterale mediante la concessione di contratti di prestito. Al contrario, la distrazione è anche una forma di appropriazione: la distrazione suppone la restituzione della cosa, mentre nell'appropriazione indebita non c'è nessun indizio di restituzione in nessun momento.

- Negare di aver ricevuto le cose: Se si nega la realtà di aver ricevuto una cosa mobile con l'obbligazione di restituzione, esiste una presunzione di appropriazione indebita. Ma esiste anche questa presunzione quando si afferma, falsamente, di aver restituito la cosa consegnata. Diversa è la negativa a consegnare le cose ricevute quando si riconosce che si sono ricevute e che non si sono ancora restituite, perché questo comportamento può essere causato dall'esercizio di legittimi diritti, come il diritto di ritenzione. L'aspetto importante in ogni caso non è la modalità commissiva dell'appropriazione, bensì il fatto che essa riveli l'animo di appropriarsi della cosa per fatti *irrefutabili* (sentenza della Corte di Cassazione 27 giugno del 1975).

L'oggetto materiale del reato di appropriazione indebita deve essere una cosa mobile, indicando esplicitamente il denaro, effetti e valori, o qualsiasi attivo patrimoniale. Inoltre, tutti questi elementi mobili devono essere ricevuti in *deposito*, commissione o amministrazione o altri titoli che producano l'obbligazione di consegnarle e restituirle. Ovvero, *la cosa deve considerarsi come un titolo traslativo della possessione e della proprietà*. Si intenda la parte della frase "o un altro titolo" in relazione ad altri contratti traslativi della possessione come il comodato, il mandato, il pegno con spostamento, i contratti di affitto e mezzadria. Non c'è alcun dubbio, come nel reato di truffa, che il reato di appropriazione indebita esige animo di lucro in conformità con l'intenzione di appropriazione della cosa: "*animus rem sibi habendi*", o anche per il semplice fatto di

²⁴¹ La nota "appropriazione indebita dell'uso" non si inserisce nell'articolo 252 del Codice Penale Spagnolo. Su questa linea, tuttavia, la Corte di Cassazione (Spagnola) ha esteso il reato di appropriazione indebita a fatti come l'uso di automobili noleggiate durante un periodo di tempo superiore a quello accordato, sebbene la nuova stesura dell'art'colo 244,1 del Codice Penale Spagnolo, possa inserirsi in questo articolo in data odierna.

disporre di essa senza averne facoltà, ovvero, disporre dei beni fungibili, somme monetarie o denaro depositato in un deposito irregolare realizzando un danno patrimoniale al soggetto passivo.

*Argomentazioni teoriche da parte di diversi penalisti sul reato di appropriazione indebita*²⁴²

Il penalista Antonio Ferrer Sama ha spiegato che se il deposito consisteva in una quantità di denaro e nell'obbligazione di restituirne un'altra equivalente (deposito irregolare) e il depositario investe tale quantità a proprio vantaggio, disponendo di essa, bisognerà "distinguere", a effetti della sua responsabilità penale, due supposti: il primo che in qualsiasi momento possa restituire la quantità ricevuta in deposito, o, al contrario, che al disporre la quantità ricevuta *non abbia numerario proprio con il quale far fronte alla sua obbligazione di restituire in qualsiasi momento nel quale il deponente lo richieda*. Nel primo caso non esiste reato di appropriazione indebita. Al contrario, quando al disporre della quantità ricevuta non abbia con sé contanti sufficienti per rispondere al deponente, il reato di appropriazione indebita risulta finalizzato dallo stesso momento in cui ha disposto a proprio vantaggio della quantità depositata e ha smesso di possedere un *tantundem* equivalente a quello consegnatogli²⁴³. Antonio Ferrer Sama è l'unico penalista che mantiene una posizione contraria al resto della dottrina poiché, indipendentemente della trasmissione di proprietà prodotta, questo autore annota che esiste un reato di appropriazione indebita con la disposizione delle quantità ricevute quando il depositario non avrà la solvenza sufficiente per restituire la quantità corrispondente nel momento in cui si richieda, appropriazione consumata dall'istante in cui fosse richiesta e si renda impossibile la restituzione del denaro

²⁴² Lo studio più completo sugli aspetti penali relativi all'appropriazione indebita di denaro tratta per esteso la posizione dei professori Ferrer Sama, Bajo Fernández e altri è quello di Norberto J. de la Mata Barranco, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación: el dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*, Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU, S.A.), Barcelona 1994, specialmente le pp. 407-408 y 512. È anche possibile consultare Francisco Conde Muñoz, *Derecho Penal: parte especial*, Sedicesima edizione, corretta e aggiornata, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, cap. XIX, p. 435.

²⁴³ Antonio Ferrer Sama, *El delito de apropiación indebida*, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Murcia, Editorial Sucesores de Nogués, Murcia 1945, pp. 26-27, citato in Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, seconda edizione, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. I, p. 15.

ricevuto rispetto al suo stato di insolvenza²⁴⁴. Altri autori, con alcune piccole differenze rispetto a Ferrer Sama, come Eugenio Cuello Calón²⁴⁵, sostengono che il reato si consuma nel momento in cui si verifica l'appropriazione o la distrazione e sorge realmente con l'animo di appropriazione che, come fatto intimo che è, deve distinguersi attraverso fatti esterni (come l'alienazione, consumo o prestito della cosa), e non quando lo stesso è scoperto, di solito molto tempo dopo, da parte del depositante che, quando va a ritirare il suo deposito, nota, sorprendentemente, come il depositario non gli può immediatamente consegnare il corrispondente *tantundem*. Altri settori della dottrina è rappresentata da Miguel Bajo Fernández, Mercedes Pérez Manzano e Carlos Suárez González, i quali concludono in termini simili che “il reato *si consuma* nello stesso momento in cui si produce l'atto di disposizione, senza che sia necessari i loro ulteriori risultati, sussistendo il reato anche se si recupera l'oggetto o l'autore non si sia lucrato con l'appropriazione indebita, *perfino nonostante si possa far fronte alla consegna del tantundem nel momento in cui lo stesso venga richiesto*”²⁴⁶. Questi stessi autori manifestano che esiste una lacuna di punizione politica-criminale inaccettabile nel diritto penale spagnolo, in relazione con degli altri diritti in cui esistono “disposizioni specifiche sui reati societari e sull'abuso di fiducia, sui quali si potrebbe ricondurre i comportamenti illeciti commessi dalle banche in relazione al deposito irregolare di conto corrente²⁴⁷”.

Processo contabile bancario di espansione creditizia in relazione al reato di appropriazione indebita: l'emissione di depositi a vista senza copertura reale

Se in comparazione rispetto all'esempio anteriore dell'emissione di certificati di deposito o banconote senza copertura che suppone la violazione flagrante dei principi generali del Diritto mediante il reato di falsificazione in documento e il reato di truffa,

²⁴⁴ Antonio Ferrer Sama, “Apropiación indebida”, in NEJ, Ed. Seix, Barcelona, 1950, t. II, pp. 760-762.

²⁴⁵ Eugenio Cuello Calón, *Derecho penal*, Editorial Bosch, Barcelona 1972, tomo II, parte speciale, vol. 2, 13.ª edizione, pp. 952-953

²⁴⁶ Miguel Bajo Fernández, Mercedes Pérez Manzano y Carlos Suárez González, *Manual de derecho penal*, parte speciale, “Delitos patrimoniales y económicos”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1993, p. 421.

²⁴⁷ Miguel Bajo Fernández, Mercedes Pérez Manzano y Carlos Suárez González, *Manual de derecho penal*, parte speciale, “Delitos patrimoniales y económicos”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1993, p. 429.

dello stesso modo si può applicare la commissione di un reato di appropriazione indebita nel caso della creazione di depositi a vista da parte del depositario. Pertanto, pensiamo che una persona depositi centomila unità monetarie mediante un conto corrente attraverso un contratto di deposito irregolare in una banca. Come si è già spiegato, la causa essenziale del deposito irregolare (come nel deposito regolare) continua ad essere inalterata poiché il depositante ha fiducia nella tutela o custodia di queste centomila unità monetarie depositate a vista, con piena disponibilità immediata a favore del deponente. Da un punto di vista economico, non c'è dubbio che il deponente dispone di una continua disponibilità e piena proprietà di queste unità monetaria e che formano parte dei suoi saldi di tesoreria, dello stesso modo che se fossero nelle proprie tasche. Così, quindi, l'annotazione realizzata del contratto del deposito irregolare di denaro nel libro Diario della banca è la seguente:

Banco "X"			
deve			avere
100.000 u.m. Cassa	x	a Deposito a vista ricevuto da "Y"	100.000 u.m.

L'esempio anteriore mostra che la Banca "X" ha effettuato un'annotazione che supone la notificazione fisica di centomila unità monetarie che sono versate in maniera impercettibile (come beni fungibili) nella cassa della banca depositaria. Il depositante "Y", pertanto, continua a mantenere piena disponibilità e proprietà della cosa depositata invariabilmente. Tuttavia, questo tipo di depositari cominciano a vedersi tentati e violano i principi generali del Diritto e, più concretamente, l'inadempimento della custodia del *tantundem* che suppone il mantenimento di un coefficiente di cassa di riserva frazionaria del 100%. La persona "Y" deposita centomila unità monetarie mediante un contratto di deposito irregolare di denaro- un deposito a vista- e allo stesso tempo la Banca "X" riceve il denaro depositato sotto forma di prestito, convinto che non si sta commettendo nessun reato e non si sta danneggiando il depositante originario "Y". Come nell'esempio anteriore²⁴⁸, la banca depositaria calcola che una decima parte

²⁴⁸ Vid. Il paragrafo intitolato "Proceso contable bancario de expansión crediticia en relación al delito de apropiación indebita: la emisión de depósitos a la vista sin respaldo real" di questo studio.

dei suoi depositi è sufficiente per le operazioni abituali e ritirate di effettivo corrente, con il quale stima un coefficiente di cassa di riserva frazionaria del 10 per cento ($c=0,1$) è accettabile per il decorso normale della sua attività bancaria. Pertanto, una volta che la banca depositaria violi il principio generale del Diritto in relazione alla custodia del *tantundem* (materializzato in un coefficiente di cassa del 100%), l'annotazione realizzata del contratto di deposito irregolare di denaro menzionato previamente si effettuerebbe della seguente maniera:

Banco "X"

deve		avere
90.000 u.m. Prestito concesso a "W"	x a	Deposito a vista senza copertura 90.000 u.m.

Attraverso questa annotazione si osserva la realtà economica della creazione monetaria di un deposito a vista di novantamila unità monetarie con la concessione di un prestito a "W" a carico dei depositi dei clienti originari nelle banche. La creazione monetaria è evidente dopo aver realizzato il contratto di prestito a carico del deposito generato dal nulla. Il bilancio della situazione della Banca "X" (alla fine dell'esercizio) si presenta così:

Bilancio della Situazione della Banca "X"
(alla fine dell'esercizio)

Attivo		Passivo	
Cassa	100.000 u.m.	Depositi a vista	190.000 u.m.
Prestiti concessi	90.000 u.m.		
Totale Attivo	190.000 u.m.	Totale Passivo	190.000 u.m.

Si nota che la massa monetaria totale comprende centomila unità monetarie di depositi originari o primari (unità monetarie fisiche) e novantamila unità monetarie di depositi derivati o secondari (mezzi fiduciari), in totale, centonovantamila unità monetarie rispetto alle cento unità monetarie originarie, risparmiate e con copertura previa. Infine, si osserva come c'è stata una creazione di denaro di novantamila unità monetarie attraverso la generazione dal nulla di depositi a vista mediante questo bilancio della

situazione. Evidentemente, l'emissione di banconote senza copertura e la creazione di depositi senza copertura sono emissioni fiduciarie che hanno effetti identici reciprocamente, danneggiando il potere acquisitivo dell'unità monetaria come conseguenza della creazione di mezzi di pagamento da parte del sistema bancario.

Riconoscimento da parte della giurisprudenza dei principi generali del diritto che regolano il contratto di deposito irregolare di denaro (coefficiente di cassa del 100%)

L'obbligazione di un coefficiente di cassa del 100%, che esige il mantenimento costante della causa essenziale di tutela e custodia del *tantundem* nel caso del contratto di deposito irregolare di denaro è stato oggetto di valutazioni giurisprudenziali sia in Europa che in Spagna. Per esempio, la Corte di Cassazione Spagnola, attraverso una cassazione di un'operazione commerciale di Oltremare relativa alla restituzione di un deposito costituito nel Banco Spagnolo dell'Avana, detta una sentenza il 9 luglio del 1889 in relazione all'argomento che stiamo ponderando in questa ricerca. Il fatto è il seguente: la suddetta banca ha ricevuto 20.000 pesos in qualità di deposito senza interessi nel 1872, impegnandosi la suddetta banca a restituire l'identica somma al depositante alla presentazione di un certificato secondo il tipo e la forma di moneta in cui si era realizzato il deposito. Il depositante ne reclama la restituzione e il rimborso che sarebbe dovuto essere in monete d'oro o d'argento ma la banca si negò a farlo, ribattendo che la restituzione di quel deposito doveva essere realizzato in banconote per il loro valore nominale. In effetti, la sentenza riconosce la facoltà del depositante affermando “ *che l'obbligazione del depositario che riceve cose che si possono contare, come sono le banconote della Banca Spagnola dell'Avana, è restituire le stesse e l'identica quantità, e se ciò non fosse possibile, il prezzo, secondo il loro valore nel momento in cui doveva restituirle, a tenore delle Leggi 2^a, titolo III, e 2^a e 8^a, titolo I, Parte 5^a, alle quali come accordato dalle parti stabilisce la sentenza all'assolvere della denuncia e dichiarare che la Banca è solamente obbligata a restituire le banconote che ha ricevuto per il loro valore nominale. Che la sentenza non infranga neanche gli articoli 408 e 392 del Codice di commercio del 1829 e 309 e 312 dell'odierno poiché hanno applicazione al caso, dato che in conformità con essi, riconosce nel depositario le obbligazioni del mutuario, cioè di restituire altrettante banconote come quelle ricevute e*

per il valore che abbiano nel momento della restituzione²⁴⁹. Allo stesso modo il nostro più alto Tribunale, a causa di una mediazione di dominio e di miglior diritto ha dettato una sentenza il 30 aprile del 1891 in cui dichiarò: “Che chi riceve merce per conto di un altro ammette un deposito irregolare, che gli trasmette il dominio di esse²⁵⁰, a tenore di ciò che si è disposto nella legge 2^a, titolo III, Parte 5^a, *rimanendo, invece, obbligato, secondo ciò che si è accordato nel corrispondente atto, a restituire al depositante le merci ricevute, o il valore segnalato nel contratto ognuna delle merci sparite del deposito*, sia per essersi vendute mediante autorizzazione del primo proprietario, che per altre cause impreviste, senza eccettuare nessuna di tali cause, e a rimborsargli del minor valore che avessero quelle che presentassero delle rotture o spaccature, previa regolazione di queste differenze da parte di periti in mancanza di accordo tra le parti interessate”. In questo senso, per esempio, una sentenza del Tribunale di Parigi (12 giugno del 1927) condannò un banchiere per il reato di appropriazione indebita per aver utilizzato, seguendo la comune pratica bancaria, i fondi che aveva ricevuto in deposito dal suo cliente. Un'altra sentenza giurisprudenziale dello stesso Tribunale, il 4 gennaio del 1934, mantenne la stessa posizione nella quale si assicurava che avendo ammesso che il contratto di deposito sia traslativo di proprietà, questo trasferimento non deve avere altro che un carattere momentaneo e di un valore relativo, poiché il depositante non ha definitivamente perso il suo diritto di proprietà, bensì che lo deve recuperare il giorno della restituzione del deposito²⁵¹. Dello stesso modo, ispirandoci nelle risoluzioni giudiziali dettate in Spagna, si può osservare una sentenza datata il 12 maggio del 1870 della Corte di Cassazione che si appoggia nelle “leggi 1.^o e 2.^o del titolo III della Parte V la quale stabilisce che chi ricevette in tutela cose che si possono contare, pesare o misurare *deve dare quella cosa o un'altra uguale e nella stessa maniera che la ricevette*”²⁵².

²⁴⁹ Joaquín Garrigues y Díaz-Cañabate, *Contratos bancarios*, 1958, p. 395 y Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate, “El depósito irregular y su aplicación en el Derecho mercantil (Historia y Derecho comparado), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1932, Núm. 92, pp. 575-576.

²⁵⁰ Come si è previamente spiegato la traslazione del dominio non si produce.

²⁵¹ Jean Escarra, *Principes de Droit Commercial*, Librairie du recueil sirey, Société Anonyme, 22, rue Soufflot, Paris Ve, 1937, tomo VI, p. 256, Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, 1958, p. 381.

²⁵² Sentenza citata in Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, 2^a edizione corretta ed ampliata, Estudio Tipográfico “Sucesores de Riva deneyra” Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, p. 899.

Allo stesso modo, ed essendosi prodotto il fallimento della Banca di Barcellona in Spagna, il tribunale di Primo Grado del nord di questa città, di fronte al reclamo dei contocorrentisti della banca che richiedevano di essere classificati nel fallimento come titolari del deposito, dettò una sentenza nella quale riconosceva gli intestatari come depositanti, e pertanto il loro carattere superiore di creditori di dominio. La sentenza si è basata nel fatto che il diritto delle Banche a far uso del denaro dei conti correnti in contanti è forzosamente limitato dalle obbligazioni di mantenere, costantemente, i fondi dei suddetti conti a disposizione del contocorrentista, pertanto questa limitazione legale nella disponibilità impediva di ammettere che i fondi depositati in un conto corrente potessero essere considerati dalla Banca come se le appartenessero esclusivamente²⁵³. Sebbene la Corte di Cassazione spagnola non abbia avuto l'opportunità di pronunciarsi sul caso concreto del fallimento della Banca di Barcellona, una sentenza del nostro più alto Tribunale del 21 giugno del 1928 in relazione al deposito nel conto corrente è arrivata ad una conclusione molto simile affermando che “secondo gli usi e le abitudini commerciali riconosciuti ed ammessi dalla giurisprudenza, *il contratto di deposito di denaro consiste nell'imposizione di quantità, che chi la riceve, anche se non contrae l'obbligazione di conservare per l'intestatario la stessa quantità in contanti o valori consegnati, si deve avere a sua disposizione l'importo di ciò che si è consegnato, con lo scopo di restituirglielo, totalmente o parzialmente, nel momento in cui l'interessato lo reclama, non acquisendo in virtù di chi li possiede la libera disposizione delle stesse, poiché costretto a restituirle nel momento in cui gli si chiedano, deve conservare costantemente numerari sufficienti per soddisfarli*”²⁵⁴. Un'altra sentenza del 19 ottobre del 1925²⁵⁵ rivela che quando esiste un conto corrente a termine questo contratto non è di deposito, e afferma così: “*il conto del deposito è a termine fisso, tre mesi, e questa*

²⁵³ Dictamen di Antonio Goicoechea”, in *La Cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, Imprenta Delgado Sáez, Madrid 1936, pp. 233-289, e specialmente le pp. 263-265. Anche Joaquín Garrigues si riferisce a questa sentenza nei suoi *Contratos bancarios*, 1958, pp. 381-382. Anche in Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, seconda edizione, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. pp. 16-17.

²⁵⁴ Questa sentenza è citata nello studio di José Luis García-Pita y Lastres, “Los depósitos bancarios de dinero y su documentación”, pubblicato nella *Revista de derecho bancario y bursátil*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, ottobre-dicembre 1993, pp. 919-1008, e concretamente la p. 991. Esiste anche un riferimento a questa sentenza in Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, 1958, p. 396. Anche Huerta, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, seconda edizione, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap., p. 17.

²⁵⁵ Joaquín Garrigues y Díaz-Cañabate, *Contratos bancarios*, 1958, p. 397

condizione è contraria alla natura di questo contratto, che ha come caratteristica principale restituire le cose nel momento in cui esse vengano richieste". Sulla stessa linea una sentenza del 21 dicembre 1908 della Corte di Cassazione indica che non c'è deposito senza che la *tutela o conservazione della cosa e la sua restituzione* fosse l'oggetto principale della consegna di essa²⁵⁶. In relazione al caso del contratto di deposito irregolare di titoli-valori, la sentenza della Corte di Cassazione del 24 aprile 1901, che dichiarò fraudolento un fallimento perché il fallito dispose di Valori altrui - ricevuti con l'incarico di scambiarli - e li pignorò per coprire attenzioni proprie, avendo supposto operazioni d'acquisto non realizzate²⁵⁷.

3

IL CONTRATTO DI PRESTITO DI DENARO (CON SPECIALE RIFERIMENTO ALLA LEGISLAZIONE SPAGNOLA)

Concetto e natura giuridica

Una delle forme che qualsiasi individuo ha per distinguere tra il contratto di deposito a vista di denaro e il contratto di prestito è il diverso contenuto del diritto alla restituzione del denaro in entrambi i contratti. Naturalmente, il cliente depositante ha una disponibilità assoluta per ottenere la restituzione delle somme depositate in qualsiasi momento nel caso del contratto di deposito a vista di denaro; al contrario, questa disponibilità si vede limitata nel tempo nel caso del contratto di prestito²⁵⁸ poiché il mutuante potrà fare effettivo il credito nato contro l'entità depositaria solo quando ne prescriva il termine fissato all'effetto. Pertanto, si può definire il prestito²⁵⁹ come un

²⁵⁶ Sentenza citata in Víctor Covián Junco. Commento alla voce "Deposito" nell' *Enciclopedia Jurídica Española*, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1910, p. 816.

²⁵⁷ Dictamen del Signor Rodríguez Sastre", nella *Cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, Imprenta Delgado Sáez, Madrid, 1936, p. 81.

²⁵⁸ Felipe Clemente de Diego espone la sua definizione tecnica del contratto di *prestito mutuo* dicendo che "è un contratto principale, reale e gratuito od oneroso, per il quale una delle parti consegna all'altra denaro o un'altra cosa fungibile con la condizione di restituire altrettanto della stessa specie e qualità", *Instituciones de Derecho Civil Español*, nuova edizione corretta e aggiornata da Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, tomo II, Madrid, 1959, lección 60, p. 347.

²⁵⁹ Felipe Clemente de Diego chiarisce che "Prestare vale come consegnare una cosa (gioielli, denaro ecc.), con il proposito che venga restituito dopo un pò di tempo, trasmettere ad un altro il piacere o l'uso di una cosa nostra", *Instituciones de Derecho Civil Español*, nuova edizione corretta ed aggiornata da Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, tomo II, Madrid, 1959, lección 60, p. 346. Sulla stessa linea Calixto Valverde y Valverde si riferisce più concretamente all'elemento di gratuità nel contratto di prestito quando esprime che il "*contratto di prestito semplice è gratuito*, ogni volta che in

contratto per il quale una persona -mutuante- consegna²⁶⁰ ad un'altra- mutuuario²⁶¹- una determinata quantità di cose fungibili²⁶², con l'obbligazione da parte di quest'ultimo di restituire²⁶³ una quantità equivalente rispetto al suo genere e qualità (*tantundem*) trascorso un determinato termine di tempo. Un esempio classico e tipico del mutuo è il contratto di prestito di denaro, che è per eccellenza il bene fungibile.

esso il mutuuario non dà niente, a cambio del favore che riceve dal mutuante, e *oneroso il prestito con interesse*, che o siano i redditi stipulati in un patto speciale o siano essi contrattati da un patto aggiunto, sempre risulterà che il mutuuario deve restituire, oltre alla quantità prestata, l'equivalente dell'utilità del prestito rappresentato dagli interessi", *Tratado de Derecho Civil Español*, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1913, tomo III, cap. XX, p. 409. Il professor Benito Gutiérrez Fernández si riferisce anche all'elemento di gratuità e afferma: "Sebbene il prestito sia per natura gratuito, non è proibito che il mutuante ottenga qualche interesse al proprio denaro in equivalenza del servizio che offre e della privacy che si impone", Benito Gutierrez Fernandez, *Codigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, prima edizione, Editorial Lex Nova, Madrid, 1869, tomo V, cap. V, p. 178. Il dotto professor Felipe Sánchez Román definisce il prestito "come un contratto principale, reale, unilaterale, traslativo di dominio e a titolo gratuito, mediante il quale, e in virtù della consegna di una cosa fungibile, la persona che la riceve è obbligata a restituirla a quella a cui la consegnò nel termine e altre condizioni accordate o che siano legalmente fondate", Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, 2ª edizione corretta ed ampliata, Estudio Tipográfico "Sucesores de Riva deneyra" Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, p. 839.

²⁶⁰ "Si richiede come contratto reale che è, oltre all'autorizzazione, la consegna della cosa perché il contratto sia perfetto", Calixto Valverde y Valverde, *Tratado de Derecho Civil Español*, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1913, tomo III, cap. XX, p. 412.

²⁶¹ Chi riceve in prestito denaro o un'altra cosa fungibile ne acquisisce la sua proprietà ed è obbligato a restituire al creditore altrettanto", Felipe Clemente de Diego, *Instituciones de Derecho Civil Español*, nuova edizione corretta ed aggiornata da Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, tomo II, Madrid, 1959, lección 60, p. 350.

²⁶² Il giurista Felipe Clemente de Diego spiega che "possono essere oggetto di questo contratto tutte le cose suscettibili di essere cedute, poiché la loro proprietà si trasmette al mutuuario, e che siano fungibili, poiché devono consumarsi per il loro uso; sia, naturalmente, come gli alimenti; sia civilmente, come la moneta o la carta su cui si scrive, compromettendosi il proprietario a restituire altrettanto della stessa specie e qualità", *Instituciones de Derecho Civil Español*, nuova edizione corretta ed aggiornata da Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, tomo II, Madrid, 1959, lezione 60, p. 350. Da parte sua, Calixto Valverde y Valverde segnala inoltre che "le cose di questo contratto devono essere fungibili affinché siano convenienti", *Tratado de Derecho Civil Español*, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1913, tomo III, cap. XX, p. 412. Il professor Benito Gutiérrez Fernández sottolinea che "sono oggetto di questo contratto le cose che si consumano per l'uso, come il vino, il grano, la moneta... Dare l'uso di queste cose è necessariamente consegnare la proprietà, per la quale aggiunge la legge che cede il dominio di qualsiasi di queste cose a chi le riceve in prestito", Benito Gutierrez Fernandez, *Codigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, prima edizione, Editorial Lex Nova, Madrid, 1869, tomo V, cap. V, p. 150. Il professor Felipe Sánchez Román afferma che gli elementi reali del contratto di prestito "possono essere tutte le cose oggetto legale di un contratto e *fungibili*, dal punto di vista più ampio che delle stesse si possa considerare", Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, 2ª edizione corretta ed aggiornata, Estudio Tipográfico "Sucesores de Riva deneyra" Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, p. 847.

²⁶³ "Il mutuuario costituito in proprietario delle cose consegnate dal contratto, è obbligato a restituire al mutuante altrettanto della stessa specie e qualità", *Tratado de Derecho Civil Español*, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1913, Tomo III, cap. XX, p. 413. Benito Gutiérrez Fernández afferma che l' (obbligazione) "principale è che bisogna restituire la cosa prestata. Per ricambiare questa obbligazione deve restituire la stessa cosa in qualità e quantità", Benito Gutierrez Fernandez, *Codigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, prima edizione, Editorial Lex Nova, Madrid, 1869, tomo V, cap. V, pp. 168-169.

Caratteristiche

In primo luogo, il contratto di prestito rende possibile che il mutuante autorizzi la consegna di un bene o di una quantità di unità fungibili al mutuatario, *cedendone la proprietà*²⁶⁴ e *disponibilità della cosa fungibile o certa quantità di denaro*. La disponibilità è unica e unilaterale a favore del mutuatario nei contratti di prestito; ovvero, la proprietà sulla quantità dei beni fungibili corrisponde esclusivamente al mutuatario che può impiegarli nello sviluppo della propria attività economica e imprenditoriale²⁶⁵ con totale libertà sempre che non trascorra il termine stabilito all'effetto. Tuttavia, il trasferimento della proprietà²⁶⁶ e disponibilità della cosa fungibile è la causa essenziale del contratto di prestito mediante il quale il mutuante trasferisce la disponibilità e la proprietà del denaro o delle cose fungibili al mutuatario affinché li usi durante un periodo di tempo determinato. L'obbligazione di tutela o custodia del *tantundem* con la diligenza di un buon padre di famiglia risulta completamente snaturata nel contratto di prestito dovuto al fatto che il mutuatario usufruisce di una libera disposizione della quantità accordata e prestata. L'importanza del fatto giuridico sulla "*trasmissione della proprietà*" acquisisce connotazioni molto particolari in questo contratto giuridico. La trasmissione della proprietà e disponibilità suppone che il mutuante ha la facoltà su un trasferimento completo, irresistibile e inequivoco del *tantundem* al mutuatario durante il periodo di tempo stabilito all'effetto.

²⁶⁴ Calixto Valverde y Valverde, Professore ordinario di Diritto Civile dell'Università di Valladolid, segnala che "*il contratto di mutuo o semplice prestito è un contratto traslativo di proprietà*", ma chiarisce, che questo trasferimento non è lo stesso di quello realizzato nella compra-vendita, perché nel il trasferimento della proprietà è un mezzo di consumo, e non è la fine della relazione giuridica creata. Questo carattere traslativo della proprietà lo diversifica dall'affitto delle cose, infatti qualche autore, come Acollas, confonde il mutuo con l'interesse, perché l'affitto di qualsiasi forma o modalità sia, non ne trasferisce mai la proprietà, ma bensì l'uso delle cose e in maniera temporale, mentre il mutuo sì", *Tratado de Derecho Civil Español*, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1913, tomo III, cap. XX, pp. 408-409. D'altro canto, il Professor Gutiérrez Fernández mantiene che "due cose sono necessarie nel mutuo: consegna e trasferimento della proprietà", Benito Gutierrez Fernandez, *Codigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, prima edizione, Editorial Lex Nova, Madrid, 1869, tomo V, cap. V, p. 150.

²⁶⁵ Joaquín Garrigues y Díaz-Cañabate, *Contratos bancarios*, seconda edizione, Madrid, 1975, p. 367-368.

²⁶⁶ Così è indicato dal professor Calixto Valverde y Valverde quando afferma che "nel comodato non si trasmette il dominio, bensì l'uso, e nel prestito c'è una vera trasmissione", *Tratado de Derecho Civil Español*, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1913, tomo III, cap. XX, p. 407. Continua nella sua perorazione che il comodato "è un contratto traslativo d'uso e non di proprietà, differenza che lo separa anche dal mutuo", *Tratado de Derecho Civil Español*, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1913, tomo III, cap. XXIII, p. 494.

In secondo luogo, il contratto di prestito permette che il mutuante possa soltanto esigere la quantità di beni fungibili al mutuatario *una volta finito il termine o scadenza fissati*²⁶⁷. Il mutuatario è abilitato per consumare o disporre dei beni fungibili con totale proprietà, rimborsando uno stesso numero di unità monetarie o beni fungibili²⁶⁸ che ha ricevuto in prestito una volta esaurito un periodo di tempo concreto. La restituzione non avviene su richiesta del mutuante, bensì deve realizzarsi precisamente alla scadenza fissata ed espressa nel citato contratto. In questo senso, l'obbligazione della restituzione assunta dal proprietario resta configurata in conformità a ciò stabilito nell'articolo 1.125 del Codice Civile Spagnolo, per il quale afferma che "le obbligazioni il cui adempimento si è segnalato un giorno definito saranno soltanto esigibili nel giorno indicato"²⁶⁹.

In terzo luogo, rivestendo la stessa importanza delle caratteristiche anteriori, suppone l'indicazione che il prestito ha per oggetto lo scambio dei beni "presenti" con quello dei beni "futuri". In contrapposizione con quest'altra tipica figura di altri contratti di prestiti come il comodato anche se il prestito mutuo fissa un patto²⁷⁰ di interessi²⁷¹, in

²⁶⁷ Benito Gutiérrez Fernández segnala che nel contratto di prestito "il tempo deve essere prefissato nel contratto...I termini che si concedono al debitore per restituire la quantità che riceve in mutuo, è un diritto stipulato a suo favore per agevolare l'adempimento del contratto, e quindi è autorizzato a rinunciarci, restituendo la quantità che deve, senza che per questo ci sia novazione di contratto", Benito Gutierrez Fernandez, *Codigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, prima edizione, Editorial Lex Nova, Madrid, 1869, tomo V, cap. V, p. 169. Il professor Felipe Sánchez Román sottolinea che "questa restituzione (dei beni fungibili) dovrà effettuarsi nel termine stipulato se questo estremo, come di solito accade, è stato oggetto di stipulazione", Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, 2ª edizione corretta ed aggiornata, Estudio Tipográfico "Sucesores de Riva deneyra" Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, p. 848.

²⁶⁸ Il professor Felipe Sánchez Román sostiene che "l'obbligazione caratteristica del mutuo, che pesa sul mutuatario, è quella di restituire al mutuante altrettanto dello stesso genere e della stessa qualità", Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, 2ª edizione corretta ed aggiornata, Estudio Tipográfico "Sucesores de Riva deneyra" Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, p. 848.

²⁶⁹ Così, è frequente l'introduzione di un certo tipo di clausole nelle condizioni generali del contratto di prestito in virtù delle quali il prestito non può essere rimborsato prima dei termini fissati nel contratto. Naturalmente, la fissazione di un termine di scadenza del contratto di prestito stabilirà l'estinzione degli effetti del contratto al compimento del suddetto termine.

²⁷⁰ La definizione del contratto di prestito con interesse del professor Felipe Sánchez Román è la seguente: "un contratto principale, reale, unilaterale ed oneroso, per il quale, e in virtù della consegna di una quantità in contanti o cosa fungibile e della stipulazione di un interesse, obbliga la persona che la riceva a restituirla a quella che gliela consegnò nel termine e nelle altre condizioni stabilite, con l'interesse corrispondente stipulato", Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, 2ª edizione corretta ed ampliata, Estudio Tipográfico "Sucesores de Riva deneyra" Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, p. 840. In maniera più specifica Felipe Clemente de Diego segnala che "*non ci saranno interessi*

conformità con la legge della preferenza temporale. Questa legge dimostra che, *ceteris paribus*, l'attore preferisce soddisfare le proprie necessità o raggiungere i propri obiettivi quanto prima²⁷². Vale a dire, che tra vari propositi di identica valutazione dal punto di vista soggettivo dell'attore²⁷³, l'attore preferirà sempre quell'obiettivo che sia più vicino nel tempo. Pertanto, a parità di circostanze, i beni presenti si preferiscono sempre a quelli futuri. Il fatto di valutare la preferenza temporale con intensità psichiche diverse produce molteplici opportunità reciprocamente benefiche per lo scambio.

se questi non si sono accordati espressamente; tuttavia, chi li pagò senza essere stati stipulati non né reclamarli né imputarli al capitale", *Instituciones de Derecho Civil Español*, nuova edizione corretta ed aggiornata da Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, tomo II, Madrid, 1959, lección 60, p. 351.

²⁷¹ L' economista austriaco Eugen Böhm-Bawerk fu uno dei discepoli più eccellenti di Carl Menger, fondatore della Scuola Austriaca di Economia. Eugen von Böhm-Bawerk (1851-1914) questo teorico fu ordinario di economia nell' Università di Innsbruck e dopo nell'Università di Vienna, diventando, infine, ministro del governo dell' Impero Austro-Ungarico. La sua teoria dell'interesse è molto nota, anche se non esente da obiezioni poiché le sue conclusioni teoriche furono criticate dallo stesso Carl Menger affermando che: "Arriverà il momento che la gente si renderà conto che la teoria di Böhm-Bawerk è uno degli errori più grandi che si siano commessi", Joseph Schumpeter, *Historia del Análisis Económico*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1971, p. 926. Allo stesso modo, per vedere alcune delle piccole contraddizioni Eugen Böhm-Bawerk, si può consultare Ludwig von Mises, *Human Action*, Chicago, Contemporary Books, Inc., 1966, pp. 527-528 y Frank A. Fetter, "The Roundabout Process in the Interest Theory", en *Capital, Interest and Rent*, Kansas City, Sheed Andrews and McMeel, Inc., 1977. In poche parole, questo economista austriaco realizzò una feroce critica alle teorie dell'interesse esistente e scoprì che la disparità tra i beni presenti e i beni futuri è il vincolo della tasso d'interesse. In seguito autori come Ludwig von Mises, Frank Albert Fetter e Murray Newton Rothbard ripresero gli studi di Böhm-Bawerk per stabilire una teoria dell'interesse fondata nella valutazione soggettiva tra beni presenti e beni futuri. Per maggiori informazioni, e in maniera molto didattica, si possono consultare gli studi del professore Jesús Huerta de Soto, "Génesis, esencia y evolución de la Escuela Austriaca de Economía", in *Estudios de economía política*, Unión Editorial, Madrid 1994, cap. I, pp. 17-55, specialmente pp. 25-26 e in Juan Carlos Cachanosky "La escuela Austriaca de Economía", *Revista Libertas*, 1, Octubre, Instituto Universitario ESEADE, Octubre 1984. In più, come curiosità si crede che Eugen von Böhm-Bawerk fu il primo che sviluppò la teoria dell'interesse, anche se, come dimostreremo in seguito, la teoria dell'interesse di questo economista austriaco deriva da quella del político ed economista francese Anne Robert Jacques Turgot. In effetti, Böhm-Bawerk scrisse un articolo su Turgot agli inizi della sua traiettoria di ricercatore che non si pubblicò e che, per fortuna, Hayek conservò per causalità. Si consulti il libro di José Antonio de Aguirre, *Capitalismo y la riqueza de las naciones. Las vicisitudes de la teoría económica moderna*, Unión Editorial, Madrid, 2009, p. 33.

²⁷² Così lo manifesta Murray Newton Rothbard quando dice che: "A fundamental and constant truth about human action is that man prefers his end to be achieved in the shortest possible time. Given the specific satisfaction, the sooner it arrives, the better. This results from the fact that time is always scarce, and a means to be economized. The sooner any end is attained, the better. Thus, with any given end to be attained, the shorter the period of action, i.e. production, the more preferable for the actor. This is the universal fact of time preference. At any point of time, and for any action, the actor most prefers to have his end attained in the immediate present. Next best for him is the immediate future, and the further in the future the attainment of the end appears to be, the less preferable it is. The less waiting time, the more preferable it is for him", Murray Newton Rothbard, *Man Economy and State: A Treatise on Economic Principles*, terza edizione, Ludwig von Mises Institute Scholar's Edition, 2004, cap. I pp. 13-17.

²⁷³ Secondo Eugen von Böhm-Bawerk la spiegazione del fenómeno del tipo di interesse si basa su un "movente psicologico, in cui si può necessariamente trovare ogni soddisfacente spiegazione di questi fenomeni", Eugen von Böhm-Bawerk, *Capital e interés*; versione spagnola sulla quarta edizione dal tedesco (1921) del Fondo de Cultura Económica, México, 1986 (1884), p. 518

Tuttavia, questa intensità psichica, rispetto alla valutazione soggettiva tra il presente e il futuro, varia a seconda dell'essere umano. Quegli individui con un'alta preferenza temporale (consumatori) non saranno disposti oggi a rinunciare a una specifica quantità di unità di beni fungibili, a cambio di ricevere un numero superiore di unità di beni fungibili nel futuro, una volta trascorso il termine di tempo fissato. Così, e grazie alla perspicacia della funzione imprenditoriale²⁷⁴, la società fisserà un prezzo di mercato dei beni presenti in relazione con i beni futuri nel denominato mercato del tempo²⁷⁵. Per concludere, la tassa o tipo di interessi²⁷⁶, connaturale al contratto di prestito, è il prezzo del mercato dei beni presenti in funzione di quelli futuri²⁷⁷, che in qualche modo rappresenta la tassa sociale di preferenza temporale di tutta la società.

²⁷⁴ Israel Kirzner, *Competencia y Empresarialidad*, Unión Editorial, 2.^a edizione, Madrid, 1998 e Jesús Huerta de Soto, *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*, seconda edizione, Unión Editorial, Madrid, 2001, cap. II, p. 51.

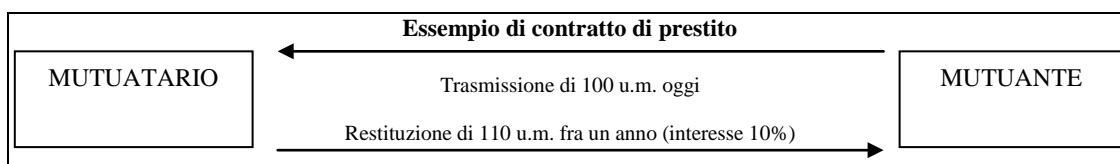
²⁷⁵ Il denominato mercato del tempo, nel quale si cambiano i beni presenti e beni futuri mediante un prezzo denominato tipo d'interesse, è costituito da tutta la struttura produttiva della società in cui i risparmiatori e i capitalisti rinunciano al consumo immediato e offrono beni presenti ai proprietari degli agenti originari di produzione (lavoratori e proprietari delle risorse naturali) e ai proprietari dei beni di capitale, in cambio di acquisire la proprietà integra di un valore presuntamente maggiore di beni di consumo quando la loro produzione sarà finita in futuro. Eiminando l'effetto positivo (o negativo) dei benefici (o perdite) imprenditoriali puri, questa differenza di valore tende a coincidere precisamente con il tipo di interesse. Perciò, il mercato di prestito a breve, media e lunga scadenza è solamente un sottoinsieme di questo mercato molto più ampio di quello in cui si scambiano beni presenti per beni futuri e rispetto al quale ha un mero ruolo sussidiario e dipendente, e tutto ciò, nonostante che dal punto di vista più popolare il mercato dei crediti sia il più visibile ed evidente. Per vedere più specificamente i componenti del tipo di interesse lordo dell'attività e l'importanza della coordinazione temporale e i tipi di interesse, consultare Jesús Huerta de Soto, *La escuela austriaca: mercado y creatividad empresarial*, Editorial Síntesis, Madrid, 2000, cap. IV, pp. 86 y 87 e *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, seconda edizione, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. 227-233.

²⁷⁶ Non bisogna confondere i movimenti dei tipi di interesse nel mercato con i cambi determinanti principali, cioè, la preferenza temporale e la paura all'incertezza. Il tipo di interesse monetario può essere diverso senza che si sia modificata la preferenza temporale o la paura all'incertezza degli agenti e ciò non è stato ancora evidenziato nel tipo di interesse.

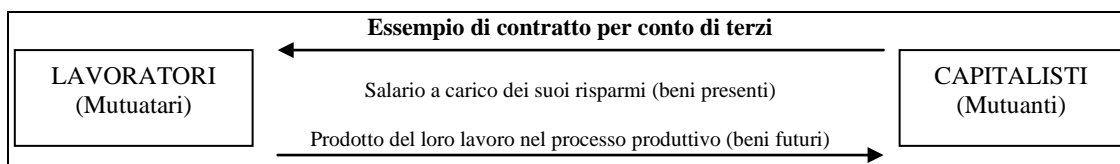
²⁷⁷ Eugen Böhm Bawerk manifesta che: "In realtà il prestito è un vero cambio dei beni presenti per beni futuri. E come (...) i beni racchiudono sempre maggior valore dei beni futuri della stessa classe e quantità, è evidente che per comprare una determinata somma dei beni presenti bisogna consegnare in cambio, di solito, una somma maggiore di beni futuri. I beni presenti reclamano un premio, un aggio in beni futuri. Questo aggio è l'interesse". Eugen von Böhm-Bawerk, *Capital e interés*, versione in spagnolo sulla quarta edizione dal tedesco (1921) del Fondo de Cultura Económica, México, 1986 (1884), p. 279.

Le diverse creazioni giuridiche degli scambi dei beni presenti e beni futuri nel mercato del tempo

La creazione giuridica della transazione giuridica in cui si scambiano beni presenti con beni futuri è tra le più eterogenee e varie. In primo luogo, un contratto di prestito richiesto a un'entità finanziaria ne è l'esempio più evidente: l'attore (mutuatario) ha bisogno di 100 unità monetarie per intraprendere oggi un progetto imprenditoriale (assunzione di mano d'opera, acquisto di beni di capitale, computer, l'acquisto di terreno, ecc.) in cambio del pagamento di 110 unità monetarie fra un anno al mutuante (a un 10% di tipo di interesse). Vediamo:

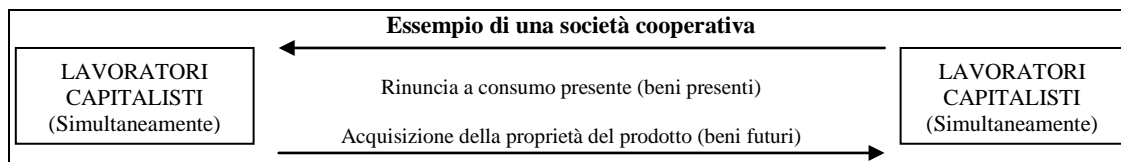


Un'altra creazione giuridica valida degli scambi di beni presenti e beni futuri non è attraverso il contratto classico di prestito ma bensì attraverso il proprio processo della struttura produttiva della società. Vale a dire, per esempio, il contratto per conto di terzi equivale a un contratto di prestito. Un capitalista (proprietario di beni presenti) a carico dei suoi risparmi, retribuisce oggi i propri lavoratori con un salario (beni presenti) in cambio di acquisire questi beni convertiti in forma di un bene di consumo o la prestazione di un servizio in un futuro lontano (un anno, due anni, tre anni, ecc.). Vediamo adesso un esempio di contratto per conto di terzi:



Infine, un altro esempio possibile di creazione giuridica di beni presenti in cambio di beni futuri è la denominata società cooperativa. In effetti, i lavoratori possono diventare capitalisti (ottenzione dei beni presenti) apportando la forza integra del loro lavoro oggi

in cambio della proprietà dei beni prodotti nel futuro (un anno, due anni, tre anni, ecc.). Vediamone un esempio:



Conclusione

Riassumendo, nel contratto di mutuo o prestito, una delle parti -il mutuante- accetta l'obbligazione di consegnare le unità prefissate all'altra parte -mutuatario- e, al contrario, il mutuatario che riceve il prestito acquisisce l'obbligazione di restituire altrettanto della stessa specie e qualità che ha ricevuto (*tantundem*), nel momento in cui il termine di durata del prestito sia scaduto. Allo stesso tempo il mutuatario è obbligato al pagamento degli interessi, sempre che essi siano stati accordati anteriormente nel contratto. Pertanto, l'obbligazione essenziale nel mutuo o contratto di prestito di bene fungibile è il rimborso di altrettanto della stessa specie e qualità di ciò che si è ricevuto, sebbene il prezzo soffra delle alterazioni, una volta che la scadenza prefissata per il prestito sia trascorsa. In definitiva il mutuatario è soltanto obbligato alla restituzione del *tantundem* al trascorrere un determinato periodo di tempo, poi può ottenere la disponibilità ed essere temporalmente il *proprietario* della cosa. Inoltre, il prestito ha come elemento ineludibile l'esistenza di un *termine determinato*²⁷⁸ poiché il contratto fissa il periodo di tempo di piacere e dominio della cosa fungibile da parte del mutuatario, con decorrenza del quale il mutuatario sarà obbligato a restituire il citato *tantundem*. Naturalmente, non può concepirsi che esista il contratto di mutuo o prestito senza stabilire esplicitamente o implicitamente un termine di tempo determinato.

²⁷⁸D'altro canto, esiste la clausola di "proroga automatica" prevista in determinati tipi di contratto di prestito di alcuni formulari bancari. È frequente accordare la possibilità che il cliente possa soddisfare il prestito ed estinguere la relazione contrattuale, ma solo se si realizza con anticipo in un periodo breve prima che finalizzi il contratto. Se non occorre ciò, si presume da parte del mutuatario che il mutuante sceglie di prorogare il contratto nella sua totalità per un periodo uguale a quello iniziale automaticamente e successivamente.

Dopo aver analizzato dettagliatamente la natura giuridica dei contratti di deposito nelle due versioni (regolare ed irregolare) e il contratto di prestito, è conveniente realizzare un'analisi sulle differenze essenziali economiche e giuridiche tra entrambi tipi di contratto.

La traslazione della proprietà e il carattere astratto del *tantundem* in entrambi i contratti. Sulla corretta motivazione del Dr. César Martínez Meseguer

Prima di tutto, dobbiamo segnalare l'evidente insufficienza teorica attuale nel momento di analizzare le clamorose differenze tra il contratto di deposito irregolare di denaro e il contratto di prestito. Intenzionalmente si è data un'eccessiva importanza, addirittura da protagonista, al fatto che si consideri che la proprietà e disponibilità dell'oggetto depositato nel deposito irregolare di denaro o delle cose o beni fungibili è stata trasferita nello stesso modo che nel contratto di prestito o mutuo. Ciò ha provocato che molti teorici non abbiano compreso la trascendenza economica e giuridica che suppone l'accettazione della presunta traslazione della proprietà del bene fungibile nel contratto di deposito irregolare di denaro. Sembra evidente che questa "trasmissione" della proprietà è un tema secondario e assolutamente complementare dovuto alla natura propria dell'oggetto del deposito nel contratto di deposito irregolare di denaro, a causa dell'impossibilità di individualizzazione dei beni fungibili come il gran vantaggio che suppone la riduzione dei costi e l'efficacia di un trattamento congiunto ed impercettibile di questi. Allo stesso tempo, non sembra ragionevole esigere le stesse unità fisiche, specifiche e individualizzate di quelle che si depositarono prima sia per l'argomento fisico che giuridico. Risulta alquanto discutibile accettare che il depositario detenga la proprietà dell'oggetto fungibile ma bensì, al contrario, la sua unica obbligazione è mantenere la tutela e la custodia del *tantundem* (ciò esige un coefficiente di cassa di riserva frazionaria del 100%) e inoltre, sembra evidente, fornire una certa libertà al depositario in relazione alle forme di organizzazione dello stesso, per così agevolarne il reclamo nel momento in cui sia necessario. Si dimostra, ineccepibilmente, pertanto, la vera essenza e natura in relazione al contenuto del diritto di proprietà nel contratto di

deposito irregolare di denaro, logicamente, in contrapposizione al contratto di prestito dove c'è un pieno dominio e disponibilità dell'oggetto prestato al mutuatario nel frattempo che non sia scaduto il termine di durata del contratto.

Il semplice atto di esercitare l'azione del reclamo del *tantundem* suppone la materializzazione del riconoscimento del diritto di proprietà, in questo caso, naturalmente, del contenuto del deposito irregolare di denaro. Il teorico Robert Lefreve ha spiegato *qual è il contenuto del reclamo del diritto di proprietà* e le sue conseguenze in maniera semplice e chiaro nell'avvertire che: “Se si ammette che il semplice fatto di prendere una bella pietra si possa considerare una sorta di lavoro, dovremmo ammettere che la semplice motivazione di un reclamo sulla terra è anche una sorta di lavoro; ma con tutto ciò si starebbe trascurando l'aspetto essenziale: *che è il reclamo che crea la relazione di proprietà*, non il lavoro. Un uomo può prendere molte pietre e lanciarle tutte. Non le apprezza. Non stabilisce nessun reclamo. Ma quando ne incontra una speciale che gli piace, non si sforza nel prendere che questa e rifiuta le altre. Quelle che ha disdegnato potrebbero perfino avergli supposto uno sforzo maggiore. “Possiede” tutte le pietre che raccoglie e scarta? Chiaramente no. *È la ritenzione dell'articolo che valuta ciò che crea la proprietà. E la ritenzione si basa, non nel suo sforzo, bensì nel suo reclamo*”, e continua a spiegare che “*fare la seguente ipotesi esige una notevole distensione della mente verso l'astratto*. Supponiamo che un uomo, che è “proprietario” di un oggetto quando lo sostiene nelle proprie mani - punto che si sostiene alquanto facilmente - se ne separa momentaneamente, ma non lo scarta, allora che succede? Forse finisce il suo controllo sull'oggetto che smette di afferrare? In qualche momento del nostro oscuro passato tra i nostri antenati dovette svilupparsi l'idea che la proprietà non si relaziona semplicemente con la ritenzione fisica immediata dell'articolo...*Ecco il requisito essenziale per ogni relazione della proprietà privata. “Se la proprietà implica qualcosa in più dell'uso temporale di un articolo, i diritti del proprietario devono durare nel tempo e nello spazio al di là del contatto fisico e immediato”*²⁷⁹. Una delle soluzioni proposte sulla presunta traslazione della proprietà nel contratto di deposito irregolare di denaro può essere quella proposta dal giurista Don César Martínez

²⁷⁹ Robert Lefreve, *La filosofía de la propiedad*, direzione del progetto e traduzione di Juan Manuel González Otero, Unión Editorial -Colección Innisfree-, Madrid, 2013, pp. 119-120.

Meseguer²⁸⁰. Quest'autore propone che una soluzione adeguata al problema è quella di considerare che nel deposito irregolare non c'è una vera traslazione della proprietà, ma bensì che essa viene riferita in astratto al *tantundem* o quantità della cosa depositata e, come tale, rimane sempre a favore del depositante e non si trasferisce.

Così, Robert Lefreve, sulla stessa linea, ha messo in evidenza che “*Se ogni volta che un uomo ha depositato un oggetto che possiede, e un'altra persona ne assume il controllo, la proprietà privata sarebbe improponibile*”. Perché la proprietà privata possieda un senso pratico, il comportamento che “dovrebbe” avvenire, non è altro che quello secondo il quale, ogni persona riconosce i diritti della proprietà dell'altra persona. Per conservare le garanzie che crea la proprietà dei beni privati, la possessione e il controllo dei beni deve andare oltre il contatto fisico momentaneo. Nel caso contrario, il concetto di proprietà privata non sarebbe pratico e mancherebbe di senso” e aggiunge che “la moralità che sorge dai beni privati si basa sul rispetto per i beni dell'altro quando questi è assente. Il comportamento che “dovrebbe” avvenire rispetto ai beni si riferisce alla non trasgressione dei beni dell'altro. *In un senso molto reale e pratico, i limiti tangibili dei beni, una volta reclamati, diventano delle impronte sacre attraverso le quali nessuno, tranne il proprietario, può correttamente progredire*”²⁸¹. La soluzione proposta dal Dottor César Martínez Meseguer evidenzia più ampiamente la permanenza del diritto di proprietà privata a favore del depositante che in qualche modo è quella presente nel caso di commistione regolata nell'articolo 381 del nostro Codice Civile Spagnolo, che ammette “ogni proprietario acquisirà un diritto proporzionale alla parte che gli corrisponde”. Infatti, la commistione²⁸² si definisce come l'unione o la mescolanza di oggetti mobili a carattere solido di diversi proprietari, impossibili da separare (individualmente) e distinguere. Se l'unione si realizza per casualità, accordo o

²⁸⁰ Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, seconda edizione, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. I, p. 12, nota a pie de página número 5.

²⁸¹ Robert Lefreve, *La filosofía de la propiedad*, direzione del progetto e traduzione di Juan Manuel González Otero, Unión Editorial -Colección Innisfree-, Madrid, 2013, p. 124

²⁸² Un supposto concreto nel Diritto Romano fu il miscuglio di monete -*commixtio nummorum*- che sorge quando c'è un miscuglio di monete -tra le quali non c'è una sensibile differenza di valore - nel quale si attribuisce all'autore del miscuglio la proprietà dell'insieme, con il dovere di risarcire e restituire il valore corrispondente delle monete altrui mescolate con le proprie -*tantundem*-, valore che si può reclamare con la *condictio* (non c'è *rei vindicatio* poiché sono cose fungibili), si consulti Fernando Betancourt, *Derecho Romano Clásico*, quarta edizione corretta ed ampliata, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2010, cap. V, p. 338.

in buona fede di uno dei proprietari, nasce una comproprietà nel quale diritto di ognuno di essi è proporzionale il valore delle cose mescolate o confuse (caso dell'articolo 381 del Codice Civile Spagnolo). Al contrario, se si produce l'unione in cattiva fede, l'autore perde la sua cosa e risarcisce il proprietario dell'altra i danni economici causati (articolo 382 del Codice Civile Spagnolo). Senza nessun dubbio, la posizione più coerente può essere la definizione di proprietà nei termini più astratti dell'articolo 381 del Codice Civile Spagnolo in cui si stima la non traslazione della proprietà nel caso di un deposito irregolare²⁸³.

Differenze essenziali di natura economica tra entrambi contratti

Questi due contratti giuridici presentano una logica economica drasticamente diversa e disuguale²⁸⁴ nella quale il fondo teorico di entrambi i contratti rimane fuori dal regno della soggettività²⁸⁵. In primo luogo, il contratto di prestito effettua uno scambio di beni presenti per beni futuri²⁸⁶. Il mutuatario riceve delle unità monetarie oggi con

²⁸³ Questo può essere l'argomento difeso dai giuristi Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón in *Sistema de derecho civil*, vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1989 (sesta edizione), pp. 469-470.

²⁸⁴ Con notevole semplicità Ludwig von Mises segnala che il prestito "in the economic sense means the exchange of a present good or a present service against a future good or a future service. Then it is hardly possible to include the transactions in question under the conception of credit. A depositor of a sum of money who acquires in exchange for it a claim convertible into money at any time which will perform exactly the same service for him as the sum it refers to, has exchanged no present good for a future good. The claim that he has acquired by his deposit is also a present good for him. The depositing of the money in no way means that he has renounced immediate disposal over the utility that it commands" e in seguito esprime che il deposito "is not a credit transaction, because the essential element, the exchange of present goods for future goods, is absent", *The Theory of Money and Credit*, Liberty Classics, Indianapolis 1980, pp. 300-301. Per la traduzione spagnola si consulti Ludwig von Mises, *La teoría del dinero y del crédito*, Unión Editorial, Madrid, 2012, terza parte, cap. XV, p. 242.

²⁸⁵ "It fails to recognize that Mises, trained as a lawyer, applied the definition of what a deposit is (the deposit is made with the desire of full availability and thus a perfect monetary substitute), and what a credit transaction is to demonstrate that they are distinct contractual obligations. *The fundamental definition of these concepts remains outside the realm of subjectivity*", Bagus, P., Howden, D. and Block, W. (2013), Deposits, Loans, and Banking: Clarifying the Debate, *American Journal of Economics and Sociology*, 72: 627-644, specialmente la pagina 631.

²⁸⁶ Secondo i professori Philipp Bagus, David Howden e Walter Block l'economista austriaco Eugen von Böhm-Bawerk "was the first to stress the double-counting problem that results from the neglect of the distinction between present and future goods (or more correctly, the rights to goods in the future). In this context, Böhm-Bawerk criticized the credit theory of Henry Dunning MacLeod. MacLeod argued that new loans imply additional goods, and by extension that new loans entail more wealth. Unsurprisingly, MacLeod welcomed the appropriation of demand deposits to grant more loans (supposedly increasing wealth). Yet, as Böhm-Bawerk pointed out, MacLeod failed to understand that a credit transaction is merely a title to a still nonexistent future good, which does not create a corresponding present good", Bagus, P., Howden, D. and Block, W. (2013), Deposits, Loans, and Banking: Clarifying the Debate. *American Journal of Economics and Sociology*, 72: 627-644, specialmente pagina 631.

l'obbligazione di restituzione delle suddette unità monetarie al mutuante affinché le usi in un periodo di tempo determinato, con l'obiettivo di percepire, posteriormente una volta trascorso il tempo, una quantità maggiore dei beni futuri²⁸⁷. Tuttavia, nel contratto di deposito irregolare di denaro *non esiste una rinuncia dei beni presenti in cambio di beni futuri* a causa delle differenti e diverse forme delle preferenziali temporali e soggettive del depositante, ovvero, la possibilità di domiciliare ricevute a carico del conto corrente, firmare assegni, utilizzare carte di credito, vincolate ai saldi di tesoreria del deposito e, specialmente, all'attività di tutela e custodia come anche qualsiasi altro abituale servizio di cassa offerto dalle entità depositarie.

Allo stesso modo si può distinguere una seconda e trascendente differenza economica²⁸⁸. Il contratto di deposito irregolare non trasferisce beni presenti in cambio di beni futuri, mentre che il contratto di prestito trasferisce la capacità di uso, piacere e proprietà dei beni presenti in cambio di beni futuri. Questa dissimilitudine capitale si materializza nel concetto diverso di disponibilità esistente fra entrambi contratti, ovvero, nel contratto di deposito non c'è il trasferimento della disponibilità della cosa (né della

²⁸⁷ Friedrich August von Hayek annota che: “La quantità e varietà dei beni ai quali possiamo ricorrere per soddisfare le nostre necessità immediate è necessariamente minore di quella di quei beni che possiamo utilizzare per soddisfare le nostre necessità in un futuro più lontano. È per questo che, in generale, e oltre le fluttuazioni stagionali, i beni presenti saranno in generale più cari e più esigui dei beni che si spera che siano disponibili nel futuro, poiché essi rappresentano una maggior quantità di possibilità. Prendere tempo o “aspettare” favorisce una crescita nei risultati dei nostri sforzi. Ma essendo possibile “aspettare” soltanto per un periodo di tempo limitato, dobbiamo scegliere quelle opzioni per le quali la relazione tra crescita in valore e la lunghezza del tempo che dobbiamo aspettare per ottenere la suddetta crescita sia maggiore”, Friedrich A. Hayek, “El flujo de bienes y servicios” (1981), *Libertas*, Numero 37, Ottobre 2002, Año XIX.

²⁸⁸ Come esempio il gurista Felipe Sánchez Román segnala, a parte delle differenze tra i contratti di deposito irregolare e il contratto di prestito (cause che li motivano e il tempo affinché il mutuante e il depositante esercitino la suddetta azione, l'importanza nella prelazione dell'esercizio delle azioni realizzate segnalando che “nell'esercizio delle azioni, la persona che ha il deponente nei casi di deposito irregolare contro il depositario, è preferita a tutti gli altri personali, senza che usufruisca di nessun privilegio quella che nasce dal mutuo a favore del mutuante contro il mutuatario”, Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, 2ª edizione corretta ed ampliata, Estudio Tipográfico “Sucesores de Riva deneyra” Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, p. 876-877. SI consulti anche Eugenio De Tapia, *Febrero novísimo, o Librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo II, Valencia, 1828 pp. 477 e 478. Anche Victor Covian evidenzia “che la differenza tra il deposito irregolare e il prestito, è più di natura economica che giuridica: ciò che importa prima di tutto nel contratto di deposito è che il *tradens* conservi la sua cosa comodamente e con sicurezza; ; nel prestito, il punto essenziale è la maggior utilità possibile del capitale per l' *accipiens*”, Víctor Covián Junco. Commento alla voce “Depósito” nella *Enciclopedia Jurídica Española*, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1910, p. 822.

proprietà neanche), bensì che *il depositante*²⁸⁹ *mantiene una piena e costante disponibilità del denaro o cosa fungibile depositata*. Al contrario, nel contratto di prestito, il mutuante²⁹⁰ trasferisce la disponibilità (e la proprietà) della cosa a favore del mutuatario perché questi ottenga la disponibilità (e la proprietà) della cosa prestata durante il periodo stabilito all'effetto. Così il teorico e giurista spagnolo Víctor Covián Junco mostra le diverse nature giuridiche ed economiche tra il contratto di deposito irregolare ed il contratto di prestito come giustificazione per non intendere sussunto il deposito irregolare nel mutuo a causa di “attendere l'interesse esclusivo del depositante, perché se risultasse a entrambi, o a quello del depositario, avremmo un contratto di prestito, qualunque fosse il nome che gli hanno dato le parti”²⁹¹.

In terzo luogo, come si è anteriormente segnalato, a parità di circostanze e sotto l'inesorabile legge della preferenza temporale che colpisce ogni azione umana²⁹², i beni presenti si antepongono invariabilmente ai beni futuri. La causa essenziale di posporre il

²⁸⁹ La posizione di don Felipe Sánchez Román è chiara quando sottolinea che “nel deposito volontario il depositario possiede in nome del diritto e per il beneficio esclusivo del deponente”, Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, seconda edizione corretta ed ampliata, Estudio Tipográfico “Sucesores de Riva deneyra” Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, p. 876. Su questa stessa linea Robert Pothier mostra perfettamente che “il deponente non si priva del dominio né della possessione della cosa, che continua in suo possesso per mezzo del depositario, che soltanto la possiede in nome e per il diritto del deponente”, Robert Pothier, *Tratado de los Contratos de Beneficencia*, traduzione spagnola svolta da Sociedad de Amigos Colaboradores, Barcelona, 1845, pp. 130-140. Consultare anche Benito Gutierrez Fernandez, *Codigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, tomo V, Madrid, 1869, p. 228 y Víctor Covián Junco. Commento alla voce “Depósito” nella *Enciclopedia Jurídica Española*, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1910, p. 822.

²⁹⁰ Felipe Clemente de Diego giustificava l'opposizione osservabile tra entrambi tipi di contratto nel fatto che il deposito irregolare si effettuava in interesse del *tradens* e il contratto di prestito in interesse del *accipiens*, *Instituciones de Derecho Civil Español*, tomo II, Madrid, 1930, 273.

²⁹¹ Víctor Covián Junco. Commento alla voce “Depósito” nella *Enciclopedia Jurídica Española*, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1910, p. 822.

²⁹² Fu Anne Robert Jacques Turgot Barón de l'Aulne (1727-1781), economista, politico e regolatore generale della Francia, il primo in articolare il ruolo dell'interesse. Nel suo “Escrito sobre el préstamo y el interés”, Turgot completa la sua nozione della teoria dell'interesse e si domanda: perché i mutuatari sono disposti a pagare il premio dell'interesse per l'uso del denaro? Turgot ci consiglia di saper distinguere la differenza di utilità che esiste tra il momento in cui si chiede in prestito una quantità che si possiede nel presente e una somma che si deve ricevere in una data distante. Qui Turgot ci Annette implicitamente il concetto di preferenza temporale. Si consultino, inoltre, gli studi di Murray Newton Rothbard, *Historia del pensamiento económico*, Vol. I, nel capitolo XIV intitolato *La brillantez de Turgot*, Unión Editorial, 1999, Madrid, p. 441. Allo stesso modo la professoressa Paloma de la Nuez, indica che “secondo Juan Marcos de la Fuente, questo testo eserciterebbe una gran influenza sull'analisi di Böhm-Bawerk, fondamentalmente in ciò che si riferisce alla “preferenza temporale”. Si tratta di un'idea “geniale d'intuizione di Turgot”. La differenza che si propone nel prestito crea una differenza di valore”, in *Turgot, el último ilustrado*, Unión Editorial, 2010, Madrid, pp. 160-161, nota a piè di pagina 36 e in E. von Böhm-Bawerk, *Valor, capital e interés. El manuscrito de 1876*, Unión Editorial, Madrid, 2009, p. 144.

consumo dei beni presenti oggi in cambio dei beni futuri risiede nel conseguimento di una quantità di unità monetarie materializzata in forma di *interesse*. Infatti, nel contratto di prestito è comune il patto di interessi mentre che nel deposito irregolare il patto di interessi è incoerente²⁹³ e contrario alla natura classica del proprio contratto di deposito. Precisamente il giurista italiano Pasquale Coppa-Zuccari segnala l'assoluta impossibilità di includere il patto di interessi nel contratto di deposito irregolare a causa del diritto che il depositante ostenta per ritirare in qualsiasi momento il *tantundem* e del conseguente dovere del depositario di abilitare il *tantundem* permanentemente per il depositante²⁹⁴. Allo stesso modo, l'economista Ludwig von Mises espone che una delle parti - il depositante - può effettuare un deposito senza sollecitare nessun patto di interessi poiché "the claim obtained in exchange for the sum of money is equally valuable to him whether he converts it sooner or later, or even not at all; and because of this it is possible for him, without damaging his economic interests, to acquire such claims in return for the surrender of money without demanding compensation for any difference in value arising from the difference in time between payment and repayment, such, of course, as does not in fact exist"²⁹⁵. Infine, si può logicamente dedurre l'ineludibile conferma della natura giuridica del deposito irregolare di denaro, cioè, la

²⁹³ L'incompatibilità del patto di interessi con il contratto di deposito irregolare di denaro non significa che questi sia gratuito. Infatti, il contratto di deposito irregolare autorizza il depositante alla realizzazione di un pagamento al depositario (che può rifiutare volontariamente il pagamento su richiesta propria se non si è anteriormente accordato) per la tutela, custodia e i pertinenti servizi di cassa stabiliti. Non c'è altro di più evidente sul pagamento di un interesse affinché si conosca la flagrante violazione dell'obbligazione principale di tutela e custodia nel contratto di deposito irregolare e l'uso della cosa depositata da parte del depositario per i suoi propri scopi, violando il principio di restituzione del *tantundem* da mantenere in qualsiasi momento, caratteristico nel contratto di deposito irregolare. Felipe Clemente de Diego indica che "il depositario non può servirsi della cosa depositata senza il permesso espresso del depositante; nel caso contrario, dovrà risarcire i danni arrecati. Quando il depositario ne possiede il permesso, il contratto perde il concetto di deposito e diventa un prestito o comodato. Il permesso non si presume, ma se ne dovrà provare l'esistenza", *Instituciones de Derecho Civil Español*, nuova edizione corretta e aggiornata da Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, tomo II, Madrid, 1959, lezione 60, p. 359.

²⁹⁴ "Conseguenza immediata del diritto concesso al deponente di ritirare in ogni tempo il deposito e del correlativo obbligo del depositario di renderlo alla prima richiesta e di tenere sempre a disposizione del deponente il suo *tantundem* nel deposito irregolare, è l'impossibilità assoluta per il depositario di corrispondere interessi al deponente", Pasquale Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, Biblioteca dell'Archivio Giuridico Filippo Serafini, vol. VI, Modena 1901, p. 292.

²⁹⁵ Ludwig von Mises, *The Theory of Money and Credit*, Liberty Classics, Indianapolis 1980, p. 301. Nella recente traduzione spagnola: "Il titolo ottenuto per la somma di denaro depositato è per il depositante altrettanto prezioso, sia che lo converta prima o poi, che se non lo fa in assoluto; e perciò può, senza danneggiare i suoi interessi economici, acquisire tali titoli in cambio della consegna di denaro, senza esigere una compensazione per qualsiasi differenza di valore derivata dalla differenza di tempo tra il momento di pagamento e quello del rimborso, che naturalmente non potrebbe neanche esistere" si consulti Ludwig von Mises, *La teoría del dinero y del crédito*, Unión Editorial, Madrid, 2012, terza parte, cap. XV, p. 242.

permanente disponibilità della cosa in interesse del depositante, il non scambio dei beni presenti per i beni futuri e l'incompatibilità di un patto di interessi, che è completamente diversa e contraria alla natura del contratto di prestito.

Differenze essenziali di natura giuridica tra entrambi contratti

L'elemento giuridico principale del contratto di deposito irregolare risiede nella *tutela o custodia*²⁹⁶ della cosa depositata o nel caso il denaro consegnato. Naturalmente, non c'è nessun dubbio che la causa²⁹⁷ o motivazione del contratto irregolare di denaro o di cosa fungibile è la tutela o custodia, indipendentemente da ciò che le parti tra sé decidano²⁹⁸. La causa o motivo nei contratti di deposito - regolare ed irregolare - è unica e la stessa

²⁹⁶ Il giurista don Felipe Sánchez Román descrive con totale chiarezza la concomitanza di entrambi elementi (consegna possessoria con finalità di custodia), quando rivela: "È, quindi, un *contratto* quello di deposito, e la sua natura giuridica è quella del contratto reale, essendo il suo requisito *caratteristico* la consegna della cosa al depositario, determinante d'altra parte di una delle cause della perfezione del contratto; ma questa consegna fatta unicamente con la mente o intenzione che colui che la riceve la usi solo per custodirla, e non usarla. La semplice consegna della cosa, se non è accompagnata da questa intenzione di *mera custodia*, non originerà il *deposito*, ma bensì qualsiasi altro tipo di contratto", Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, 2ª edizione corretta ed aggiornata, Estudio Tipográfico "Sucesores de Riva deneyra" Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, p. 873.

²⁹⁷ Così Robert Pothier enunciava la differenza tra il deposito da altri contratti, e così del prestito, in cui l'intenzione di uno consiste nell'incarico di custodia o nella concessione dell'uso, in *Tratado de los Contratos de Beneficencia*, traduzione spagnola svolta da una Sociedad de Amigos Colaboradores, Barcelona, 1845, pp. 129 y 160. Sulla stessa linea Víctor Covián Junco afferma sul deposito e il prestito nelle loro due classi d'uso e consumo che la "caratteristica del primo è la tutela e la conservazione della cosa nella sua integrità, pertanto, c'è la proibizione assoluta del proprio uso. Al contrario, sui secondi; si consegna quella per usarla e perfino consumarla", Víctor Covián Junco. Commento alla voce "Depósito" nella *Enciclopedia Jurídica Española*, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1910, pp. 817 y 822. Allo stesso modo Felipe Sánchez Román crede che ci si trova davanti ad un deposito quando la consegna sarà solamente per scopi di custodia, non per usarla e consumarla, Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, 2ª edizione corretta ed ampliata, Estudio Tipográfico "Sucesores de Riva deneyra" Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, p. 873, e inoltre, in seguito aggiungeva la chiara differenza tra il contratto di deposito irregolare e il contratto di prestito, poiché nel secondo si trova la necessità del mutuatario in el primo quella del deponente, Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, 2ª edizione corretta ed ampliata, Estudio Tipográfico "Sucesores de Riva deneyra" Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, p. 876. Si consulti Eugenio de Tapia, *Febrero novísimo, o Librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo II, Valencia, 1828, p. 474. Sono altrettanto interessanti gli studi di Jean Dabin, *La teoría de la causa: estudio histórico y jurisprudencial*, tradotto da Francisco de Pelsmaeker e adattato da Francisco Bonet Ramón, seconda edizione, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955, pp. 24 y ss.; José Luis García-Pita y Lastres, "Depósitos bancarios y protección del depositante", *Contratos bancarios*, Colegios Notariales de España, Madrid 1996, pp. 119-266, e specialmente le pp. 167 e 191; più recentemente "El depósito bancario de efectivo", in *Contratos bancarios y parabancarios*, VV.AA., cap. XXII, Edit. Lex Nova, Valladolid 1998, pp. 888-1001 e Florencio Ozcáriz Marco, *El contrato de depósito: estudio de la obligación de guarda*, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1997, pp. 37 y 47.

²⁹⁸ "Tale è il principio di irrilevanza denominato *nomen iuris* che afferma così "Le cose sono ciò che sono e non ciò che le parti dicono che sono".

per tutti, ovvero, l'attività di tutela custodia, come interesse personale cercato dal proprio depositante²⁹⁹. Al contrario, la causa essenziale del contratto di prestito permette di trasferire la disponibilità e la proprietà della cosa affinché il mutuatario la impieghi o la usi durante un periodo di tempo determinato.

Un'altra disuguaglianza nella causa o motivo tra il contratto di deposito irregolare e il contratto di prestito è il *termine di tempo*. Nel contratto di deposito irregolare il depositante continua a mantenere la disponibilità e la proprietà della cosa, quindi non esiste una necessità di fissare un termine di tempo. Anzi, nel contratto di prestito è impensabile la non inclusione di un termine di tempo, oltre ad esistere l'obbligazione finale di restituire il *tantundem* prestato più gli interessi accordati all'effetto. L'esistenza di un termine di tempo nel contratto di prestito comporta la perdita della proprietà e disponibilità della cosa prestata³⁰⁰ del mutuante.

Infine, la terza disuguaglianza tra questi due tipi di contratto sorge dal dovere di tutela e custodia del *tantundem* con la diligenza propria di un buon padre di famiglia³⁰¹ a favore

²⁹⁹ Secondo Felipe Clemente de Diego, l'aspetto principale per discernere un contratto è il fine e propósito a cui aspirano gli interessati nel celebrarlo, *Instituciones de Derecho Civil Español*, tomo II, Madrid, 1930, p. 272. Allo stesso modo don Felipe Sánchez Román indica che l'aspetto principale, per fissare la natura di un contratto, consistenella volontà, nelle intenzioni delle parti, nel fine che si propongono di realizzare nel celebrarlo, Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, 2ª edizione corretta ed ampliata, Estudio Tipográfico "Sucesores de Riva deneyra" Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, p. 871.

³⁰⁰ Felipe Clemente de Diego ci offre la sua visione quando afferma che : "La restituzione deve effettuarsi nel tempo e luogo determinati dal contratto, e sennò, in quelli segnalati in generale per l'adempimento delle obbligazioni (articoli 1.171, 1.125... del Codice Civile). Prima della scadenza, *potrà reclamare il mutuante la restituzione per necessità proprie, come può farlo il comodante? No, perché il comodante conserva la proprietà della cosa prestata, mentre che il mutuante la trasmette al mutuario*", Felipe Clemente de Diego, *Instituciones de Derecho Civil*, Nuova edizione corretta ed aggiornata da Alfonso Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, tomo II, Madrid, 1959, p. 350. In questo senso c'è una certa unanimità da parte dei civilisti che sottolineano il carattere *essenziale* del termine nel contratto di prestito, diversamente da quello che succede nel contratto di deposito irregolare dove *tale termine non esiste*. Così, Manuel Albaladejo insiste nel fatto che il mutuo si esaurisce, e ciò prestato deve essere restituito, quando il suddetto termine sarà finito (per esempio, si consulti l'art. 1125 del Codice Civile Spagnolo), indicando perfino che se non si è esplicitamente segnalato tale termine, *siccome lo stesso forma parte inseparabile della natura essenziale del contratto di prestito*, bisogna sempre dedurre che si è voluto concedere un termine al debitore, e che se ne dovrà lasciare un terzo (i tribunali) la fissazione del termine corrispondente (questa è la soluzione adottata nell'articolo 1128 del Codice Civile Spagnolo). Si consulti Manuel Albaladejo, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. II, *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, Librería Bosch, Barcelona, 1975, p. 317.

³⁰¹ La definizione del giurista Benito Gutiérrez Fernández è formidabile poiché definiva questo fenómeno sociológico (la tutela della cosa depositata) dichiarando che per il deposito "cerchiamo la sicurezza delle nostre cose, raccomandandole alla fedeltà di un buon amico", aggiungendo ulteriormente, "se l'uomo non

del depositante nel caso del deposito³⁰²; e, nel caso contrario, del contratto di prestito, tale obbligazione non sussiste poiché il mutuatario usufruisce della cosa prestata con piena autonomia e libertà. Il significato o senso giuridico della trasmissione della proprietà acquisisce una natura giuridica pienamente differente. Nel contratto di deposito irregolare *il depositante continua a mantenere la proprietà e disponibilità del tantundem*, e al contrario, nel contratto di prestito³⁰³, la proprietà e la disponibilità della cosa fungibile è stata trasmessa pienamente al mutuatario. Dunque, si stabilisce l'obbligazione da parte del depositario di mantenere in ogni momento la possibilità di restituzione³⁰⁴ del *tantundem* a favore del depositante³⁰⁵.

abusasse della fiducia, non sarebbero necessarie tutte le regole su un contratto, del quale detto con esattezza, porta il marchio della severa probità che caratterizza l'uomo per bene", Benito Gutiérrez Fernández, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, tomo V, Madrid, 1869, p. 224. Su questa stessa linea nea Felipe Clemente de Diego manifesta che stando la custodia in relazione con la natura della cosa, il cui fine è che essa non peggiori, si dovrà usare la diligenza espressa nel contratto, o in difetto, quella di un diligente padre di famiglia che si responsabilizzerà, quindi, del dolo e della colpa. Felipe Clemente de Diego, *Instituciones de Derecho Civil Español*, tomo II, Madrid, 1959, p. 360. Da parte sua Calixto Valverde y Valverde opina che "il depositario deve conservare le cose nel deposito con la stessa diligenza e cura come se le cose fossero sue", *Tratado de Derecho Civil Español*, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1913, tomo III, cap. XXV, p. 527.

³⁰² Il contratto di deposito irregolare di denaro è stato popolarmente definito come deposito "a vista". La procedenza della suddetta nomenclatura procede dalla costante disponibilità del denaro depositato a favore del depositante nel contratto di deposito irregolare di denaro. Infatti, i contratti accessori (conti correnti o libretti di risparmio) al contratto di deposito irregolare di denaro manifestano con dettagli la causa o motivazione principale di questo contratto, ovvero, la permanente disponibilità della cosa fungibile o del denaro depositato a favore del depositante.

³⁰³ Su questo punto è necessario chiarire l'evidente confusione lessicale tra il contratto di prestito e il denominato "deposito a termine" poiché entrambi contratti non sono altro che le caratteristiche classiche di un contratto di prestito abituale, sia da un punto di vista económico che giuridico. Non è necessario indicarne qui le differenze economiche e giuridiche anteriormente spiegate in questo studio, mas sì è necessario mettere in evidenza l'enorme danno realizzato per non precisare la delimitazione di entrambi concetti in maniera corretta. I depositi a termine sono, a rigor di termini, dei veri prestiti che, inoltre, in molti casi, diventano dei depositi a vista, offrendo ai molti depositari (banchieri) l'opportunità di recuperare la reintegrazione integra del denaro in qualsiasi momento e senza nessuna penalità.

³⁰⁴ Felipe Clemente de Diego esprimeva che: "il deposito, ancora irregolare, (si celebra) nell'interesse del deponente, motivo per cui questi può reclamare in qualsiasi momento la cosa oggetto del contratto". Felipe Clemente de Diego, *Instituciones de Derecho Civil Español*, tomo II, Madrid, 1959, lezione 60, p. 357.

³⁰⁵ Modesto Falcón y Ozcoidi spiega che la differenza tra prestito, affitto e deposito si trova nel fatto che i primi due il momento di restituire la cosa viene determinato dal contratto, mentre nell'ultimo sarà a volontà del depositante al stabilirlo. Inoltre, si può notare che alcuni hanno la cessione dell'uso delle cose e invece l'ultimo no, Modesto Falcón y Ozcoidi, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 5ª edizione, Barcelona 1897, p. 333. Sulla stessa linea Felipe Clemente de Diego segnala che l'obbligazione principale del depositario è la restituzione della cosa depositata. Felipe Clemente de Diego, *Instituciones de Derecho Civil Español*, tomo II, Madrid, 1930, p. 275.

DIFFERENZE ESSENZIALI FRA DUE CONTRATTI RADICALMENTE DIVERSI³⁰⁶

Deposito irregolare di denaro

Prestito di denaro

Dal Contenuto Economico:

- | | |
|--|---|
| 1. Non si cambiano beni presenti per beni futuri | 1. Si cambiano beni presenti per beni futuri |
| 2. Esiste una disponibilità completa e costante a favore del depositante | 2. La disponibilità si trasferisce interamente al mutuatario e la perde il mutuante |
| 3. Non ci sono interessi, poiché non si cambiano beni presenti per beni futuri | 3. Ci sono interessi, poiché c'è lo scambio di beni presenti per beni futuri |

Dal contenuto giuridico

- | | |
|---|--|
| 1. L'elemento è la <i>custodia</i> o tutela del <i>tantundem</i> che costituisce la motivazione basilica del depositante | 1. L'elemento essenziale è il trasferimento della disponibilità dei beni presenti a favore del destinatario |
| 2. Non esiste termine di restituzione, bensì che il contratto è "a vista" | 2. Il contratto esige fissare un <i>termine</i> per restituire ciò che si è prestato e calcolare e pagare gli interessi |
| 3. L'obbligazione del depositario è mantenere in ogni momento il <i>tantundem</i> a disposizione del depositante (esigenza 100% di coefficiente di cassa) | 3. L'obbligazione del mutuatario è restituire il <i>tantundem</i> trascorso il termine, aggiungendo inoltre gli interessi accordati (se ce ne fossero) |

³⁰⁶ Schema minimamente adattato del libro di Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, seconda edizione, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. I, p. 23.

La scoperta dei principi generali³⁰⁷, formali e tradizionali del diritto secondo Carl Menger, F.A. Hayek, Bruno Leoni, César Martínez Meseguer, José Carlos Herrán Alonso e una prospettiva dalla dottrina giuridica spagnola

Carl Menger e la teoria economica delle istituzioni sociali

Il processo evolutivo dell'istituzione giuridica del contratto di deposito irregolare di beni fungibili o di denaro non si è creata *ex novo*, né *a priori*. La gran maggioranza delle istituzioni sociali sorgono spontaneamente ed evolutivamente dalla conoscenza pratica e non articolabile della contribuzione di un gran numero di persone che aspirano a realizzare i propri fini individuali imprenditoriali lungo periodi molto estesi nel tempo. Infatti, il concetto di diritto si intende come un insieme di norme e istituzioni di comportamento costante e ripetitivo che conforma le relazioni tra gli esseri umani, specialmente negli ambiti del diritto civile e commerciale. Questa forma di concepire il Diritto nasce mediante i contributi dell'economista austriaco Carl Menger che fu capace di sviluppare una teoria economica delle istituzioni sociali secondo la quale il processo di formazione³⁰⁸ dei principi generali³⁰⁹, formali e tradizionali di ogni istituzione sociale

³⁰⁷ In riferimento al diritto positivo spagnolo si deve segnalare che i principi generali del diritto sono raccolti nell'enumerazione realizzata a titolo preliminare, primo capitolo, articolo 1.º del Codice Civile Spagnolo. In questo senso Felipe Clemente de Diego sostiene che "I principi generali del Diritto sono l'avallo di ogni disquisizione giuridica; essi tutelano i ragionamenti giuridici sebbene essi abbiano come base un precetto di legge o di consuetudine, fornendoli di un altissimo fondamento, nel quale caso sono fonte primaria diffusa di soluzione giuridica che accompagna tutte le sentenze espressamente o tacemente", nel prologo del libro *Los principios generales del derecho* di Giorgio del Vecchio, Editorial Bosch - Barcelona, 1971, p. 7. La tematica dei "principi generali del diritto" ha generato un'abbondantissima letteratura in Italia: in particolare, G. Pacchioni, *Los principios generales del Derecho en Arch. giur.*, 1924, p. 133; F. Orestano, Più sui principi generali del Diritto in *Riv. Int. di Fil. del Dir.*, 1924, p. 270; M. Rotondi, *La equidad y los principios generales del derecho en Riv. di Diritto Civ.*, XVI, 3, p. 266; V. Miceli, *Los principios generales del Derecho en Riv. di Dir. Civ.*, 1923, p. 23 e il *Derecho positivo y el sistema jurídico* in id., 1924, p. 326; G. Scaduto, *Sobre la identificación de los principios generales del Derecho*, Perugia, 1926 e G. Brunetti, *El derecho natural en la legislación civil en Riv. di Dir. Comm.*, 1922, vol. XX, p. 437 che adotta una visione iusnaturalista idéntica a quella di del Vecchio.

³⁰⁸ La difficoltà di stabilire delle norme sulla formazione dei differenti contratti e istituzioni sociali è stata spiegata in una maniera molto chiara da parte del professore José Antonio Escudero: "Essendo l'aspetto giuridico un fenomeno della società, la Storia del Diritto risale alla formazione della società stessa e, in

immaginabile si forma da un punto di vista evolutivo mediante comportamenti abituali che si scopriranno lungo la storia come risultato della partecipazione di generazioni e generazioni di esseri umani. Perfino, quei gruppi o società d'ordine esteso che siano capaci di interiorizzarle, potenziano ancor di più la funzione imprenditoriale, coordinano meglio i disagi sociali e preponderano su quei gruppi sociali che non sono capaci di assimilarle o interiorizzarle più lentamente. Menger scoprì che la nascita delle istituzioni è stata stimolata da un insieme di azioni umane e, in particolare, capeggiata da un minuscolo gruppo di esseri umani in carne e ossa che, in vari momenti di tempo e luogo, furono dotati di una maggior perspicacia imprenditoriale, raggiungendo i propri scopi con maggior facilità attraverso dei comportamenti regolati.

Benché Carl Menger sviluppi la propria teoria applicandola ad un'istituzione economica come è il denaro (la sua nascita e sviluppo), sostiene che il suddetto schema di ricerca, metodologico e teorico può essere applicato a qualsiasi altra istituzione sociale, giuridica, economica o linguistica senza grandi difficoltà. Per Carl Menger³¹⁰, questo tipo di istituzioni sorge in maniera spontanea ed evolutiva dentro il mercato e il processo sociale di interazioni umane com'è il campo della ricerca della scienza economica. Il Diritto sorge dal proprio processo di mercato e allo stesso tempo lo rende

ultima istanza, alla propria apparizione dell'uomo. Senza poter disporre delle testimonianze scritte che l'essere umano, dopo, fornirà di se stesso, proprie della conoscenza storica, la scienza moderna si avvicina perfino alle gigantesche età della preistoria con lo scopo di localizzare l'impronta umana nella notte dei tempi. In tali o quali vestigi, tra presagi, intuizioni e poche certezze, la storia del Diritto deve approfittare le scoperte di altre scienze (Arqueología, Paleontología, ecc.) per valutare le prime manifestazioni giuridiche in questi iniziali passi dell'umanità" nel suo libro *Curso de Historia del Derecho*, Gráficas Solana, Madrid, 1986, p. 75.

³⁰⁹ Giorgio del Vecchio espone che "tali principi, nonostante abbiano un carattere ideale e assoluto, per cui superano virtualmente il sistema concreto al quale appartengono, non possono prevalere contro le norme particolari che lo compongono, né distruggerle in nessun caso; tuttavia, hanno valore su e dentro tali norme, poiché rappresentano la ragione suprema e lo spirito che le informa", *Los principios generales del derecho* di Giorgio del Vecchio, Editorial Bosch - Barcelona, 1971, cap. XI, p. 137.

³¹⁰ Carl Menger, *Untersuchungen über die Methode der Socialwissenschaften und der Politischen Ökonomie insbesondere*, Duncker & Humblot, Leipzig 1883, p. 182. Menger indica brillantemente qual è il programa di ricerca scientifica che propone per l'economia: "Com'è possibile che le istituzioni che meglio servono al bene comune e che sono più estremamente significative per il proprio sviluppo siano sorte senza l'intervento di una volontà comune e deliberate per crearle?" (pp. 163-165). Per maggiori informazioni sull'origine evolutivo del denaro di Carl Menger, si consulti il suo articolo pubblicato in inglese con il titolo "On the Origin of Money", *Economic Journal*, giugno 1892, pp. 239-255. Questo articolo è stato recentemente ripubblicato da Israel M. Kirzner nel suo *Classics in Austrian Economics: A Sampling in the History of a Tradition*, William Pickering, Londres 1994, vol. I, pp. 91-106. In spagnolo, si può consultare il proprio Carl Menger in "Teoría del dinero", cap. VIII di *Principios de economía política*, 2.^a ed., Unión Editorial, Madrid 1997, riprodotto in Jesús Huerta de Soto (ed.), *Lecturas de economía política*, Unión Editorial, 2.^a edizione, Madrid 2005, vol. I, pp. 213-238.

possibile; c'è un processo di retroazione (*feedback*³¹¹) che in conformità con questi comportamenti regolati si cominciano a depurare, ciò successivamente lo stimola e lo perfeziona³¹². Questo processo evolutivo, sociale, inconscio, d'apprendimento e imitazione, di prova ed errore, comporta una notevole quantità di tempo, e come conseguenza di esso, si scoprono le diverse istituzioni che lo rendono possibile nel processo di mercato, ovvero, istituzioni di tipo giuridico, morale, linguistico o economico. Fortunatamente, tutte le istituzioni più importanti della nostra vita (il denaro, il Diritto, la morale, il linguaggio, fra gli altri) non sono creazioni deliberate da nessuna azione umana³¹³ bensì che sorgono in maniera consuetudinaria in un processo evolutivo che comporta un volume disperso e una notevole quantità d'informazione di milioni di esseri umani, ognuno con il proprio piccolo patrimonio esclusivo e privativo delle differenti esperienze pratiche e conoscenze soggettive lungo la storia, che supera ampiamente la capacità di analisi di qualsiasi essere umano sebbene egli fosse molto saggio e buono. Soltanto a posteriori, gli scientifici delle scienze sociali possono razionalizzare una infinitesima frazione del ruolo³¹⁴ che queste istituzioni sociali

³¹¹ Karl Raimund Popper, noto membro della Scuola Austriaca di Economia, è il teorico che dimostra che i meccanismi di *feedback* dei comportamenti regolati si depurano mediante un processo di prova ed errore. Popper spiega che "Questo è infatti l'elemento creatore dell'umanità: il fatto che noi, nell'atto di creare, allo stesso tempo trasformiamo noi stessi mediante il nostro lavoro", *En busca de un Mundo Mejor*, Paidós, Barcelona 1994, p. 46.

³¹² In questo senso quando questi comportamenti regolati e abituali si moltiplicano lungo il tempo e si fanno astratti, essi diventano un'istituzione giuridica, ovvero, i diritti reali - il diritto di proprietà - il diritto di obbligazioni - il contratto di deposito, il contratto di prestito, il contratto di compravendita, ecc.

³¹³ Come lo manifestò Adam Ferguson, *An Essay on the History of Civil Society*, prima edizione, 1767, p. 187-188: "Le forme della società derivano da un'origine distante ed oscuro; hanno origine molto prima dell'epoca della filosofia, negli istinti e non nelle speculazioni dell'essere umano... Noi l'attribuiamo ad un'idea anteriore, che si fece conoscere soltanto attraverso l'esperienza, che nessuna saggezza umana avrebbe potuto prevedere, e che, senza l'umore concorrente e la disposizione della sua epoca, nessuna autorità avrebbe potuto autorizzare alcun individuo per realizzarla".

³¹⁴ C'è un pericolo costante di arrivare a delle conclusioni utopiche, risultato di posizioni costruttiviste e razionaliste estreme, Karl Raimund Popper spiega questo pericolo nella seguente maniera: "Il miglior mezzo che ancora disponiamo è il saggio ed errore: saggi che spesso sono pericolosi, e perfino errori ancor più pericolosi, che a volte sono dei pericoli per l'umanità", *En busca de un Mundo Mejor*, Paidós, Barcelona, 1994, p. 47. Il professor Giorgio del Vecchio realizza una critica a quelle posizioni dei teorici razionalisti che appoggiano che "così come i principi generali del Diritto non possono ottenersi *a priori*, per semplice deduzione, tutte le norme particolari dell'ordinamento giuridico, che contengono anche elementi empirici e contingenti; così non si può neanche inferire delle semplici norme particolari la conoscenza appropriata di quei principi, che in generale superano virtualmente ogni applicazione particolare. L'aspirazione di un estremo razionalismo, che pretendesse dedurre esclusivamente da puri principi la concreta molteplicità delle regole del diritto, sarebbe indubbiamente rifiutata da qualsiasi giurista; ma allo stesso tempo sarebbe erronea la pretesa di un esagerato empirismo che presumesse di formarsi *a posteriori* utilizzando le norme particolari, i principi che ne costituiscono la loro premessa e la loro base", *Los principios generales del derecho* di Giorgio del Vecchio, Editorial Bosch - Barcelona, 1971, cap. III, pp. 65-66.

compiono per l'essere umano e che aiutano ad affrontare la solida incertezza che caratterizza la vita di questi; il futuro non si sa come sarà perché dipende da una conoscenza imprenditoriale che si crea costantemente *ex novo*³¹⁵.

Friedrich August von Hayek, il socialismo e la prostituzione del concetto di diritto

La linea di ricerca cominciata da Carl Menger sulla teoria economica delle istituzioni sociali è stata oggetto di ricerca di un altro membro della Scuola Austriaca di Economia, il premio nobel di economia Friedrich August von Hayek. In effetti, Hayek abbandona il suo posto di docente nella London School of Economics and Political Science e si trasferisce come professore al *Committee on Social Thought* dell'Università di Chicago. Lì realizza un importante cambio nella sua linea di ricerca con l'obiettivo di studiare i condizionamenti giuridici ed istituzionali della società libera, tralasciando i suoi studi più rigorosi di teoria economica per esaminare la teoria giuridica e politica³¹⁶. Infatti, per Hayek, il socialismo, basandosi nell'aggressione istituzionalizzata e sistematica contro l'azione umana e il libero esercizio della funzione imprenditoriale esercitata attraverso un insieme di ordini o mandati coattivi, suppone la volatilizzazione del concetto classico e tradizionale di legge intesa come un insieme di norme generali e astratte che si applicano ugualmente a tutti. Così, le nostre leggi materiali in senso materiale - principalmente il diritto civile e commerciale - vengono rimpiazzate da una serie di regolamenti, norme o semplici mandati di diritto amministrativo nelle quali si indica il contenuto concreto dei comportamenti e delle azioni di ogni individuo. Pertanto, in conformità con l'animo corruttore del socialismo e dell'intervenzionismo

³¹⁵ *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*, seconda edizione, Unión Editorial, Madrid, 2001, cap. II, pp. 41-86.

³¹⁶ F.A. Hayek si disinteressa del dibattito teorico della scienza economica negli anni 50 e 60 a causa della nefasta influenza dei concetti macroeconomici procedenti dalla malsana influenza di Keynes, perciò decise di aspettare che passasse la moda scienziata, continuando i suoi sforzi accademici nello sviluppare la teoria evolutiva delle istituzioni sociali di Carl Menger. In questo senso è imprescindibile consultare F.A. Hayek, *Los fundamentos de la libertad*, sesta edizione, traduzione di José Vicente Torrente, Unión Editorial, Madrid, 1998; *Derecho, Legislación y Libertad*, Vol. I, seconda edizione, traduzione di Luis Reig Albiol, Unión Editorial, Madrid, 1985; *Derecho, Legislación y Libertad*, Vol. II seconda edizione, traduzione di Luis Reig Albiol, Unión Editorial, Madrid, 1988; *Derecho, Legislación y Libertad*, Vol. III, 1ª edizione, traduzione di Luis Reig Albiol, Unión Editorial, Madrid, 1976; *La fatal arrogancia: los errores del socialismo*, terza edizione, Unión Editorial, Madrid, 2010; Paloma de la Nuez Sánchez-Cascado, *La política de la libertad: estudio del pensamiento político* di F.A. Hayek, Unión Editorial, Madrid, 1994; Jesús Huerta de Soto, *La escuela austríaca: mercado y creatividad empresarial*, Editorial Síntesis, Madrid, 2000.

economico si espande, le leggi in senso materiale³¹⁷ sono totalmente snaturate e smettono di agire come norme modello per le azioni dell'essere umano. Come si è spiegato, queste norme di diritto materiale sono sostituite da regolamenti o mandati coattivi³¹⁸ che sorgono dall'organo direttore³¹⁹ per il quale Hayek contrasta il concetto usuale di "legislazione" contro il concetto tradizionale³²⁰, puro e classico come è il termine *Diritto*. La "legge", in senso hayekiano³²¹, è sfigurata, marginata e relegata in quegli ambiti dell'azione umana dove il sistema di intervento non arriva. D'altra parte, i sistemi di formalizzazione delle leggi generali e astratte regolatrici della vita in società scoperte dalla scienza giuridica romana non sono capaci di sopportare il costante intervento dei governanti in ogni momento storico³²². L'effetto corruttore del socialismo

³¹⁷ È necesario indicare come F.A. Hayek sostiene che i principali aspetti di tutti gli ordini legali più avanzati sono sufficientemente simili per sembrare delle mere elaborazioni di ciò che David Hume (Treatise, parte II, sec. 6, II, p. 293) definì le "tre leggi fondamentali della natura: la stabilità della possessione, quella del trasferimento mediante il consenso e quella dell'adempimento delle promesse fatte", *Los fundamentos de la libertad*, sesta edizione, Unión Editorial, Madrid, 1998, cap. X, p. 207.

³¹⁸ F.A. Hayek sostiene che "La natura di tali norme astratte che rigorosamente denominiamo "leggi" si mostra meglio quando le contrastiamo con i mandati e gli ordini specifici e determinati. Se consideriamo la parola "mandato" nel suo più ampio senso, le norme generali che governano il comportamento umano potrebbero sicuramente meritarsi questo appellativo. Leggi e mandati differiscono per ciò che concerne le dichiarazioni di fatto, ma appartengono alla stessa categoria lógica. Tuttavia, una regola generale che tutti accettano, diversamente dal mandato od ordine in senso proprio, non presuppone necessariamente una persona che l'abbia formulata. Anche differisce dal mandato a causa della propria generalità e astrazione", *Los fundamentos de la libertad*, sesta edizione, Unión Editorial, Madrid, 1998, cap. X, p. 197.

³¹⁹ Indipendentemente che sia stato eletto democráticamente o no, Jesús de Huerta de Soto, *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*, seconda edizione, Unión Editorial, Madrid, 2001, cap. III, p. 103.

³²⁰ Il premio nobel de economía spiega l'importanza della formazione del Diritto Romano nel suo libro *Derecho, Legislación y Libertad* quando afferma che "il Diritto romano, che tanta influenza ha avuto in tutta la legislazione occidentale, è ancora stata in minor misura frutto di una deliberata decisione legislativa", e segnala in seguito che "Soltanto nei momenti finali dell'impero, e piuttosto a Bisanzio più che nella propria Roma, sotto l'influenza del pensiero elleno, i risultati del descritto proceso furono codificati dall'imperatore Giustiniano, risultato erroneamente considerato in seguito come modello di diritto creato da un governante e mero prodotto della sua volontà. Fino alla riscoperta della Politica di Aristotele nel XIII secolo e l'influenza del código Giustiniano nel XV, l'Europa occidentale attraversò, però, ancora un altro periodo millenario durante il quale il Diritto si riconsiderò materia autonoma ed indipendente dell'umana volontà; qualcosa che era necessario scoprire, ma che in qualche modo bisognava creare", *Derecho, Legislación y Libertad*, seconda edizione, Unión Editorial, Madrid, 1985, bol. I, cap. IV, pp. 160-161.

³²¹ Hayek ci offre la sua visione di Legge citando J.C. Carter, "The Ideal and the Actual in the Law", *Report of the Thirteenth Annual Meeting of the American Bar Association*, 1980, p. 235, che dice così: "La legge non è un insieme di mandati imposti sulla società da fuori, sia da un individuo sovrano o superiore che da un corpo sovrano costituito da rappresentanti della propria società. Esiste da sempre come uno degli elementi della società che sorge direttamente dall'abitudine e dalla consuetudine. È, pertanto, una creazione inconscia della società o, in altri termini, uno sviluppo.". F.A. Hayek, *Los fundamentos de la libertad*, sesta edizione, Unión Editorial, Madrid, 1998, cap. X, p. 195.

³²² Hayek assicura questa idea quando afferma che "durante gli ultimi anni della repubblica e i primi secoli dell'era imperiale, durante i quali governarono gruppi di senatori dominati da gente inittamente

provoca che gli esseri umani perdano la bussola della conoscenza della legge in senso materiale poiché le abitudini e i costumi di sottomettersi alle norme generali di diritto astratto si perdono poco a poco. Il rispetto per le norme tradizionali di abitudini e comportamenti fa che l'omissione di un compimento di un mandato sia una necessità per culminare i nostri progetti imprenditoriali e personali e, al contrario, l'inadempimento di una norma può essere considerata come un atteggiamento intelligente e ingegnoso dell'essere umano, danneggiando così la vita in società. Il socialismo incentiva l'inadempimento della legge, la svuota del suo contenuto e demolisce tutto il suo prestigio sociale, facendo che la cittadinanza perda qualsiasi rispetto per essa³²³.

Logicamente, e come Hayek indica, la prostituzione del concetto di legge suppone la violazione del concetto di giustizia inesorabilmente. La giustizia, nel suo senso classico, suppone l'applicazione delle norme generali di tipo materiale in maniera uguale a tutti³²⁴. Il socialismo corrompe il concetto tradizionale del diritto in maniera brutale e modifica il termine di giustizia poiché essa diventa una semplice decisione dell'organo direttore o dello stesso giudice, in conformità alle impressioni particolari del risultato finale desiderato in questo momento attraverso i corrispondenti mandati coattivi dal governante o dal proprio giudice. L'azione dell'essere umano non è giudicata in termini astratti e generali, ma bensì per il suo risultato finale secondo il concetto di giustizia

legata a interessi di tipo commerciale, Roma offrì al mondo ciò che è arrivato ad essere un modello di diritto civile basato in quello che si può considerare la più sviluppata elaborazione della proprietà plurale. La decadenza e il collasso finale di questo primo ordine storico esteso si è prodotto dal momento in cui le decisioni dell'amministrazione centrale romana sostituirono la libera iniziativa. Storicamente, tale sequenza di eventi si è ripetuta fino alla sazietà, producendo un progresso civilizzatore, ma ripetutamente si è visto interrotto da governanti impegnati nell'intervenire nelle quotidiane faccende della cittadinanza", Friedrich August von Hayek, *La fatal arrogancia: los errores del socialismo*, terza edizione, Unión Editorial, Madrid, 2010, cap. II, pp. 69-70

³²³ Jesús Huerta de Soto, *La escuela austríaca: mercado y creatividad empresarial*, Editorial Síntesis, Madrid, 2000, pp. 139-142; *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*, Unión Editorial, Madrid, 2001, la perversione morale che crea il socialismo, citarne il libro.

³²⁴ "Essendo giudice non fare ingiustizia, né a favore del povero, né per il rispetto al grande: con giustizia giudicherai il tuo prossimo", *Levítico*, Capitolo 19, versículo 15; "vi renderò spregevoli...perché prestate attenzione alle persone quando applicate la legge", *Malaquías* 1, 2, 9, *Biblia de Jerusalén*, Desclée de Brouwer, Bilbao 1971, pp. 164 y 1642, citato in Jesús Huerta de Soto, *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*, Unión Editorial, Madrid, 2010, cap. III, p. 128 e in, *La escuela austríaca: mercado y creatividad empresarial*, Editorial Síntesis, Madrid, 2000, cap. VI, p. 141.

esistente in ogni momento³²⁵. La funzione del giudice basata nel concetto classico e tradizionale del Diritto è d'ordine meramente intellettuale in condizioni normali, senza permettere influenze di tipo emozionale o personale da parte di quei soggetti implicati nella sentenza giurisprudenziale o nell'ordinamento amministrativo esistente. Al contrario, in questo contesto, il socialismo impedisce l'applicazione obiettiva del Diritto in base a valutazioni di tipo soggettivo, sparisce qualsiasi forma di sicurezza giuridica e l'unico obiettivo è ottenere la valutazione favorevole del giudice o del favore politico in particolare. L'incentivo nel fare causa è immenso e la confusione dei mandati emanati dall'organo direttivo sono ogni volta di più imperfetti e capricciosi. Il giudice diventa un mero esecutore dei mandati emanati dall'organo direttore e diventa, così, un servile burocrate la cui unica funzione è velare per l'adempimento dei mandati coattivi del menzionato organo, al margine, chiaramente, dei principi generali e astratti del diritto³²⁶.

Il concetto di Diritto del professor Bruno Leoni

La continuazione della ricerca degli studi scientifici di Carl Menger e F.A. Hayek fu sviluppata dal polivalente politologo, avvocato e professore universitario, Bruno Leoni. Questo teorico sviluppò una teoria della filosofia del diritto, con apportazioni sia della tradizione giuridica romana che della tradizione anglosassone della *rule of law*, sempre nell'ambito della teoria economica delle istituzioni sociali iniziata dal fondatore della Scuola Austriaca di Economia e altri suoi discepoli. Bruno Leoni annota che la nascita e

³²⁵ Precisamente il concetto di giustizia sociale è la forma più ingiusta di applicazione della giustizia poiché cerca di coprire il concetto tradizionale del diritto secondo i risultati desiderati dall'organo direttore o dal giudice in ogni momento, al margine, chiaramente, delle norme e principi generali del diritto. Per maggiori informazioni si veda il libro di Hayek, *La fatal arrogancia: los errores del socialismo*, terza edizione, Unión Editorial, Madrid, 2010, cap. VII, specialmente le pp. 193-195 ; Il miglior trattato critico del concetto spurio di giustizia sociale è stato scritto da F.A. Hayek, *El Espejismo de la Justicia Social*, traduzione di Luis Reig Albiol, volume II di *Derecho, Legislación y Libertad*, seconda edizione, Unión Editorial, Madrid, 1988).

³²⁶ Hayek spiega che “ le norme generali del Diritto, sulle quali ogni ordine spontaneo riposa, favoriscono la creazione di un ordine astratto il cui contenuto nessuno può conoscere, né prevedere. Sia gli ordini come le norme che governano un'organizzazione si trovano, al contrario, nel servizio di determinati risultati concreti cui risultato aspirano coloro che reggono il sistema. Quanto più complesso è l'ordine propiziato, maggiore sarà il numero di attività la cui determinazione dovrà essere affidata a circotanze sconosciute da chi regge l'insieme e in maggior misura dipenderà il controllo del sistema, no di mandati specifici, ma dell'esistenz di norme generali. Nelle organizzazioni più complesse, sia l'assegnazione delle funzioni che la determinazione dei fini generali saranno appena esercitate dall'autorità suprema”, *Derecho, Legislación y Libertad*, seconda edizione, Unión Editorial, Madrid, 1985, vol. I, cap. II, p. 100.

l'origine della teoria evolutiva delle istituzioni sociali si combina perfettamente con il diritto consuetudinario e con le apportazioni di quei grandi pensatori del diritto romano³²⁷. Infatti, Bruno Leoni, citando Catone attraverso Cicerone, indica come i giuristi romani³²⁸ intuivano che la creazione del Diritto Romano, per esempio, non si doveva all'azione deliberata di un uomo, bensì a una moltitudine di persone anonime lungo cento e più anni, poiché secondo Cicerone “il motivo per cui il nostro sistema politico fu superiore a quelli degli altri paesi era il seguente: i sistemi politici degli altri paesi erano stati creati introducendo leggi ed istituzioni secondo l'opinione personale di individui privati, tali come Minos a Creta e Licurgo a Sparta, mentre ad Atene, dove il sistema politico era cambiato varie volte, ci furono molte persone, per esempio Teseo, Dracón, Solón, Clístenes e tanti altri. Invece, nel nostro stato non si deve alla creazione personale di un uomo, bensì di molti. Non è stato fondato durante la vita di un individuo privato, ma attraverso una serie di secoli e generazioni. *Poiché non c'è mai stato nel mondo un uomo così intelligente da prevedere tutto, e addirittura se potessimo concentrare tutti i cervelli nella testa di uno stesso uomo, gli sarebbe impossibile tenere in considerazione tutto allo stesso tempo, senza aver accumulato l'esperienza che si deriva dalla pratica nel trascorrere un lungo periodo della storia*³²⁹. Per Leoni, il

³²⁷ Si consulti Jesús Huerta de Soto, *Estudios de economía política*, Unión Editorial, Madrid, 1994, cap. X, pp. 121-128, come anche l'imprescindibile libro di Bruno Leoni *La libertad y la ley*, Unión Editorial, Madrid, 2010.

³²⁸ Secondo Bruno Leoni “il giurista romano era una specie di scientifico: l'oggetto della sua ricerca era trovare le soluzioni giuste ai casi prospettati dai cittadini. Per questo, il Diritto Privato romano era qualcosa che bisognava scoprire e descrivere, non che promulgare, poiché nessuno poteva dettare la legge e nessuno poteva cambiarla perché ne avevano voglia. Ciò non supposeva che non ci fossero cambi normativi, ma sì che nessuno avrebbe pianificato la propria vita d'accordo con le norme in quel momento vigenti, per alzarsi il giorno dopo e constatare che queste norme erano state modificate da un'innovazione legislativa”, Bruno Leoni, *La Libertad y la Ley*, Unión Editorial, Madrid, 2010, pp. 102-103. Inoltre, si consulti l'interessante articolo di Juan Javier del Granado sull'analisi económica del diritto nel Diritto Romano, “The Genius of Roman Law from a law and economics perspective”, *San Diego International Law Journal*, n° 13, Novembre, 2011, pp. 301 y ss.

³²⁹ “Nostra autem res publica non unius esset ingenio, sed multorum, nec una hominis vita, sed aliquod constitutum saeculis et aetatibus, nam neque ullum ingenium tantum extitisse dicebat, ut, quem res nulla fugeret, quisquam aliquando fuisset, neque cuncta ingenia conlata in unum tantum posse uno tempore providere, ut omnia complecterentur sine rerum usu ac vetustate”. Marco Tulio Cicerón, *De re publica*, II, 1-2, The Loeb Classical Library, Cambridge, Massachusetts, 1961, pp. 111-112. Esiste, inoltre, un'accettabile traduzione di Antonio Fontán, *Sobre la república*, Gredos, Madrid 1974, pp. 86-87. Per maggiori informazioni si consulti Bruno Leoni, *La libertad y la ley*, seconda edizione, Unión Editorial, Madrid, 2010, p. 107-108. Il libro “*La libertad y la ley*” di Bruno Leoni è notevole poiché mostra le somiglianze tra il mercato e il diritto consuetudinario in contrapposizione alla legislazione positiva e il socialismo, rendendosi conto dell'argomento che Ludwig von Mises sviluppò intorno all'impossibilità del calcolo economico nel socialismo. Si consulti anche *Omaggio a Bruno Leoni*, pubblicato da Pasquale

Diritto sorge come risultato del processo di atti di molti esseri umani attraverso una tecnica depuratrice, spontanea ed evolutiva di prova ed errore³³⁰.

César Martínez Meseguer e la teoria evolutiva delle istituzioni sociali

Recentemente, e grazie all'impulso del Professor Jesús Huerta de Soto, si sono realizzati degli studi interessanti che hanno continuato l'attività ricercativa degli autori precedenti. Da una parte, l'avvocato e dottore in giurisprudenza César Martínez Meseguer ha realizzato una ricerca molto completa e minuziosa sulla teoria evolutiva delle istituzioni sociali dalla prospettiva della Scuola Austriaca di Economia. Questo giurista segnala che "lo stabilirsi di leggi generali, astratte ed evolutive, applicabili a tutti i casi, crea le condizioni necessarie affinché gli uomini siano liberi, non perseguendo obiettivi particolari frutto di mandati specifici di un superiore gerarchico o dell'autorità. La legge non aspira a creare un determinato ordine ma porre le basi affinché il proprio ordine spontaneo³³¹ cresca ed evolva in un contesto di libertà"³³². Inoltre riflette, come Hayek, sulle caratteristiche proprie delle leggi e principi generali vs. Mandati poiché "le leggi e i principi generali dovranno costituire il quadro generale della società, per cui un mandato non dovrà mai contraddire il contenuto essenziale delle leggi, limitandosi a regolare le relazioni concrete tra individui"³³³, annotando posteriormente che il "contenuto di una legge generale, astratta ed evolutiva è essenzialmente negativo, nel senso di non segnalare il cammino concreto delle azioni individuali, limitandosi a scartare determinati campi per l'azione umana che si sono

Scaramozzino, Ed. A. Giuffrè, Milán 1969 e l'articolo realizzato da Peter H. Aranson, "Bruno Leoni in Retrospect" in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, estate, 1988.

³³⁰ Secondo il giurista Bruno Leoni, il diritto si configura come "una continua serie de tentativi, che gli individui compiono quando pretendono un comportamento altrui, e si affidano al proprio potere di determinare quel comportamento, qualora esso non si determini in modo spontaneo". Bruno Leoni, "Diritto e politica", nei suoi *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, A. Giuffrè, Milán, 1980, p. 240.

³³¹ "Hayek intende che "Le norme che governano un ordine spontaneo, al contrario, sono sempre indipendenti da qualsiasi fine concreto. Devono, d'altra parte, essere identiche, se non lo sono necessariamente per tutti i suoi membri, sì almeno per ogni ceto sociale che sia suscettibile di particolarizzazione. Inoltre come si vedrà, dovranno anche essere applicabili a un numero sconosciuto e indeterminato di persone e casi. Ogni soggetto le contemplerà alla luce dei propri particolari risultati collettivi, risultati che neppure il proprio attore ha bisogno di conoscere", *Derecho, Legislación y Libertad*, seconda edizione, Unión Editorial, Madrid, 1985, vol. I, cap. II, pp. 99-100.

³³² César Martínez Meseguer, *La teoría evolutiva de las instituciones: la perspectiva austriaca*, Unión Editorial, Madrid, 2006, cap. XI, p. 214

³³³ César Martínez Meseguer, *La teoría evolutiva de las instituciones: la perspectiva austriaca*, Unión Editorial, Madrid, 2006, cap. XI, pp. 208-209

mostrati nocivi per lo sviluppo della vita in società, sulla base dell'esperienza di dilatati processi di prova ed errore”³³⁴

I contributi di José Carlos Herrán Alonso

Ugualmente rilevante è lo sforzo profuso dal ricercatore, giurista e dottore in economia José Carlos Herrán Alonso. Questo autore ha seguito la tradizione ereditata da Carl Menger, F.A. Hayek, Bruno Leoni, Jesús Huerta de Soto e César Martínez Meseguer attraverso la realizzazione della sua Tesi di Dottorato diretta dal professor ordinario di Economia Politica, il citato Professor Jesús Huerta de Soto. Questo autore intende i principi generali del Diritto “come modelli strutturati da un ordine discernibile di norme attraverso i tempi. Queste costanti formali, che vedono variare il contenuto sostanziale che possono essere capaci di accogliere, proporzionano consistenza e tutelano la totalità dell'ordine giuridico oltre le pretese normativiste e la loro rigidità teorica. I principi generali sono i *limiti la cui vulnerazione produce effetti non desiderati molto nocivi e destabilizzatori per l'ordine generale*”, continua, perfino, ad affermare che “questi principi sono l'anfora che contiene il corpo istituzionale evolutivo; senza essi non c'è nessuna contenzione, sono strutturali e basici. Quando si scoprono non sono creati dal nulla, ma percepiti nell'ordine vigente come regole fondamentali. Principi generali del Diritto ed efficienza dinamica, sono i due lati della stessa moneta”³³⁵.

Il concetto dei principi generali del Diritto in Spagna: una visione storica

Infine, dobbiamo far notare, da un punto di vista informativo, le due posizioni o tendenze tradizionalmente opposte in relazione alla formazione dei principi generali del diritto; una filosofica o iusnaturalista e l'altra positivista o storica. La prima è seguita, tra gli altri, da Calixto Valverde che sostiene che “il legislatore - con questa frase - ha voluto concedere maggior valore ai principi generali...che li informano e servono da base per una legislazione o per una nuova legge, poiché ciò equivale ad interpretare la

³³⁴ César Martínez Meseguer, *La teoría evolutiva de las instituciones: la perspectiva austriaca*, Unión Editorial, Madrid, 2006, cap. XI, p. 209.

³³⁵ José Carlos Herrán Alonso, *El orden jurídico de la libertad: la aportación de F. A. al estudio del derecho*, Unión Editorial, Madrid, 2010, cap. IV, p. 143.

legislazione stessa” e aggiunge che “ci sono principi di giustizia superiori alla contingenza e variabilità dei fatti, norme superiori...regole accettate dai giureconsulti, che costituiscono veri assiomi...e che formano un diritto superiore a quello legislativo; e questi principi, regole e norme sono quelli a cui si riferisce il nostro legislatore”³³⁶. In termini simili si esprimono Manresa³³⁷, Robles Pozo³³⁸, Mucius Scevola³³⁹, Domat³⁴⁰ e altri. Un maggior numero di seguaci ha, tuttavia, la tesi positivista che valuta i principi generali del Diritto come quelli che informano il nostro diritto positivo e le serve come base. Senza voler essere esaurienti, questa posizione è mantenuta dai professori De Diego³⁴¹, Castán³⁴², Jeronimo González³⁴³, Traviesas³⁴⁴ e una terza posizione alquanto diversa, quella sostenuta dal professore De Buen³⁴⁵.

³³⁶ Calixto Valverde, *Tratado de Derecho Civil español*, Valladolid, 1920, 2.ª ed., t. I, pp. 184 y 185.

³³⁷ *Comentarios al Código civil*, Madrid, 1914, t. I, p. 82.

³³⁸ *El Código civil y su jurisprudencia*, Madrid, 1896, tomo I.

³³⁹ *Código civil comentado y concordado extensamente*, Madrid, 1896, t. II, appendice. Nella pagina 14 sintetizza il suo pensiero dicendo che il principio generale di diritto significa “verità giuridica universale”.

³⁴⁰ Da un punto di vista più filosofico rispetto ai principi generali del Diritto che “non può esserci altro mezzo più semplice né più sicuro per scoprire i primi principi delle leggi che supporre le due prime verità, che non sono altro che semplici definizioni: una, che le leggi dell’uomo sono le regole del suo comportamento, e l’altra, che questo comportamento non è altro che il modo di dirigere l’uomo verso il suo fine”, una traduzione allo spagnolo svolta dal Dr. D. Juan Antonio Trespalacios dall’originale in 4 volumi nella tipografia di Benito Cano nel 1778 del libro *Derecho Público*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, tomo I, Tratado de las Leyes, cap. I, p. 9 specialmente i capitoli V, XI e XII del Tratado de las Leyes come anche il Titolo primo e terzo del Libro Preliminar del Tratado de las Leyes.

³⁴¹ Il professor de Diego dichiara che “il legislatore, quando invoca i principi del Diritto, ha pensato in quelli del diritto spagnolo, español, in quelli che ha già utilizzato nel formulare le regole del Codice, e che non per questo si esaurirono”, *Fuentes de Derecho Civil español*, Madrid, 1922.

³⁴² Il professor Castán considera teoricamente più accettabile la concezione storica dei principi generali del diritto, sebbene riconosca che dal punto di vista pratico, mentre la costruzione sistematica dei moderni diritti civili sia così deficiente come lo è nell’attualità, nella maggior parte dei casi non si invocheranno come principi di diritto se non quelli della legislazione romana modernizzata che non entrano in contrasto con le attuali concezioni sociali, *Derecho civil* (Obra ajustada al Programa para las oposiciones a Registros), seconda edizione, Madrid, 1932, tomo I, p. 66.

³⁴³ Riferendosi specialmente al Diritto Ipotecario, Jerónimo González sostiene che i principi generali non sono i principi di un preteso Diritto naturale, ma bensì quelli che si utilizzano come fondamentali per la costruzione dogmatica, si consulti la recensione delle lezioni spiegate da Jerónimo González sul Diritto Immobiliare, pubblicata da Wenceslao Roces in *Revista de Derecho Privado*, número 80, p. 75.

³⁴⁴ Manuel Miguel de las Traviesas, “Jurisprudencia y Derecho privado”, in *Revista de Derecho Privado*, 1917, número 51, p. 339.

³⁴⁵ Il professor De Buen intende questa fonte con un campo di applicazione molto ampio, perfino paragonando equivocamente i principi generali del Diritto con il Diritto Naturale. Si consulti l’*Introducción al estudio del Derecho Civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 320-325. Si consulti anche *Las normas jurídicas y la función judicial*, Madrid, Reus, 1917, pp. 77 e ss.

La scienza giuridica romana

Il fondamento giuridico di questo studio nasce principalmente dalla scienza giuridica romana poiché essi furono i teorici che scoprirono il diritto latente attraverso un'attività di studio, riflessione, esegesi e interpretazione delle norme giuridiche dei fatti esistenti successi intorno ad esso³⁴⁶. Così, dunque, la storia giuridica di Roma di solito distingue le seguenti tappe giuridiche³⁴⁷:

- A) Epoca arcaica: La forma di litigare di questo periodo fu quella delle *legis actione* o “azioni della legge”, e che si estende dal 754 a.C. al 130 a.C., noto anche come diritto antico.
- B) Epoca classica: La sua forma di litigare fu quella del procedimento *per formulas* o procedimento formulario, e che si estende dal 130 a.C. al 230 d.C. Viene denominata diritto classico.

³⁴⁶ Murray Newton Rothbard afferma la rilevanza giuridica che suppose la contribuzione dei giuristi romani alla teoría económica poiché “il Diritto romano influi intensamente ed amoliamente nei successivi sviluppi legali d'Occidente. Il diritto privato romano elaborò qui, per la prima volta, l'idea dei diritti di proprietà come diritti assoluti, che autorizzano ogni proprietario ad usare la sua proprietà a suo piacimento. Da qui procede il diritto della libera contrattazione, con i contratti interpretati come trasferimenti di titoli di proprietà. Alcuni giuristi romani dichiararono che i diritti di proprietà sono un'esigenza del Diritto naturale. I romani fondarono anche il Diritto commerciale, valutando intensamente il Diritto romano nella formazione del Diritto comune (la *Common Law*) nei paesi anglosassoni e del civile in quelli europei continentali”, Murray Newton Rothbard, *Historia del Pensamiento Económico*, Unión Editorial, Madrid, 1999, vol. I, cap. I, p. 53. Perfino l'importanza delle contribuzioni del Diritto Romano al mondo dell'economia è stata commentata dall'economista J. K. Galbraithin questa maniera: “Fu il Diritto Romano che concesse alla proprietà la propria identità formale e al suo possessore il “dominium”, ovvero, i diritti che oggi si danno per scontati”, J. K. Galbraith, *Historia de la Economía*, Editorial Ariel, Barcelona, 1990, p. 29. Della stessa maniera opinano gli economisti Robert B. Ekelund, Jr. e Robert F. Hebert opinano che “Il Diritto Romano somministrò l'ambito nel quale si collocò l'economia posteriore”, *Historia de la Teoría Económica y de su Método*, McGraw-Hill, Madrid 1995, p. 26

³⁴⁷ Il criterio unitario utilizzato per l'elaborazione del periodizzamento giuridico del Diritto romano è quello delle forme di litigare che si effettua mediante la storia interna del Diritto di questa società, Fernando Betancourt, *Derecho Romano Clásico*, 4ª edizione corretta ed ampliata, Ediciones de la Universidad de Sevilla, 2010, cap. I, pp. 46-47. Para il periodizzamento giuridico del Diritto Romano seguiamo il romanista Don Álvaro D'Ors, *Derecho Romano Privado*, 10ª edizione, (falta editorial), 2004, pp. 38 e ss.

- C) Epoca postclassica: La sua forma di litigare fu quella della *cognitio extra ordinem* o procedimento ufficiale, e che si estende dal 230 d.C. al 476 d.C. Essa si chiama diritto postclassico.

Logicamente l'interprete del *Ius* era il *prudens*³⁴⁸ o perito in materia giuridica (*iurisprudens*) nel Diritto Romano. La sua missione era di scoprire, rivelare il Diritto (*ius civile*) e consigliare il privato. Pretore e giudice, interpretando il Diritto (in negozi o contratti -*cavere*- e delle cause -*agere*-) e facilitando risposte alle loro consulte -*respondere*-, secondo le esigenze di ogni momento. La scienza del diritto o *iurisprudentia* è esercitata dai pontefici³⁴⁹ nei primi tempi. Soltanto dalla fine del IV secolo e agli inizi del III a.C. la giurisprudenza smette di essere pontificale per divenire una professione libera, generosa³⁵⁰ e rispettata per il suo gran prestigio e dignità. I giuristi romani non ebbero mai la pretesa di essere “originali” o “divertenti”³⁵¹, ma bensì servitori di un certo numero di principi fondamentali, come ha esposto Savigny come merito della loro grandezza³⁵². Il loro unico obiettivo fu scoprire i principi universali, generali e astratti del diritto³⁵³, propri delle relazioni umane permanenti per applicare i suddetti principi a nuove situazioni che sono tipiche dell'evoluzione della

³⁴⁸ Juan Iglesias, *Derecho Romano*, quindicesima edizione, Editorial Ariel, Barcelona, 2004, cap. III, pp.

³⁴⁹ D. 1,2, 6.

³⁵⁰ D. 50, 13, 1, 5: *est quidem res sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio nummario non sit aestimanda nec deshonestanda*

³⁵¹ Dalmacio Negro Pavón afferma che la notevole difficoltà dell'attività dei giureconsulti romani si trovava nel cercare di verificare che doveva considerarsi giusto nella pratica, rispettando la rettitudine alla quale si riferiva la propria parola diritto, ovvero, rispettandone l'essenza della norma tradizionale stabilita e la guida essenziale formata dai *Tria Iuris Praecepta* (*suum cuique tribuere, alterum non laedere, honeste vivere*), Dalmacio Negro Pavón, *La Tradición Liberal y el Estado*, Unión Editorial, Madrid, 1995, p. 56.

³⁵² Juan Iglesias, *Derecho Romano*, quindicesima edizione, Editorial Ariel, Barcelona, 2004, cap. III, p. 37. Si consulti Rudolf von Ihering, *El espíritu del derecho romano*, Clásicos del Pensamiento Jurídico, Marcial Pons, Madrid, 1997, specialmente pp. 196-202 e 251-253.

³⁵³ Inoltre il profesor del Vecchio argomenta che gli interpreti contemporanei sono d'accordo, quasi senza eccezione, nel dichiarare che per “principi generali del diritto” non si devono intendere i principi del Diritto naturale”, perfino nella nota a piè di pagina continua ad affermare che “delle altre interpretazioni, secondo le quali per “principi generali del Diritto” deve intendersi il Diritto romano o il Diritto comune, sono già state ribattute molte volte con argomenti che possono considerarsi come definitivi. Ciò non toglie che si riconosca giustamente al Diritto romano un certo valore (non per la sua autorità formale, bensì per il suo contenuto intrinseco) nella determinazione di tali principi”, *Los principios generales del derecho* di Giorgio del Vecchio, Editorial Bosch - Barcelona, 1971, cap. I, p. 43. A modo d'esempio e per maggiori informazioni sulle citate questioni si consulti la seguente bibliografia : Pacifici Mazzoni, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, 4.ª ed., Firenze, 1903, volume I, pp. 42 e ss. e 81 e ss.; F. S. Bianchi, *Principii generali sulle leggi*, Torino, 1888, pp. 10 e ss. e 979 e ss.; Chironi, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, 2.ª ed., Torino, 1912, Vol. I, pp. 24 e ss.; Barrasi, *Istituzioni di Diritto civile*, Milano, 1914, pp. 39 e ss.; F. Ferrara, *Trattato di Diritto civile italiano*, Roma, 1921, vol. I, pp. 228 e ss.

società in continuo movimento³⁵⁴. La difficoltà dei giuristi romani per sviluppare la propria attività privata di esegesi e interpretazione fu considerevole e insistente da parte di alcuni Imperatori romani. Per esempio, l'imperatore romano Augusto concede ad alcuni tra i più celebri il denominato *ius respondendi* (*ex auctoritate eius*), che si traduce, probabilmente, in una specie di “consacrazione”, ma senza che si autorizzi a pensare, da un punto di vista rigoroso e formale, nella forza vincolante del *responsum* per il giudice, nonostante influisca nella sensibilità di questi³⁵⁵. Così, per esempio, Adriano nomina membri del *consilium principis* i giuristi di gran credibilità diventato organismo ufficiale. Così, la giurisprudenza ufficiale non sovrasta la giurisprudenza libera, né perde neanche nonostante tutto la sua indipendenza. I giuristi classici sono sempre privatisti in consonanza con la tradizione. I *iuris prudentes* permettono che gli altri curino quell'altra più elevata *prudentia* che implica i negozi pubblici. Questa disciplina giurisprudenziale è quella che, in tutti i momenti difficili della vita pubblica romana, sa mantenere la linea del Diritto privato, evitando l'insicurezza e l'incertezza in un campo che ha tanto bisogno della *parsimonia*³⁵⁶.

Bisognerà aspettare l'epoca d'oro della giurisprudenza romana che ingloba il periodo da Augusto ai Severi (27 a.C. - 235 d.C.) nella quale raggiunge un grande splendore poiché i giuristi classici intendono che la loro professione è una professione d'*arte*, diretta sempre alla ricerca di ciò che è buono e giusto *-bonum et aequum-*. I giuristi romani rendono possibile l'adeguamento dei vecchi principi, regole, moduli o schemi in norme sicure, certe, elastiche, delicate, eleganti e rispettose di, allo stesso tempo, un'ammirevole logica. Per citare alcuni giuristi notevoli, prima della nostra Era, menzioniamo Marco Porcio Catón -censore nel 184- e suo figlio Catón Liciano³⁵⁷,

³⁵⁴ Intimamente relazionata con l'evacuazione delle consulte che potrebbero essere fatte, non soltanto dai privati, bensì anche dai magistrati e giudici, si trovava la funzione dell' *interpretatio*, consistente nell'applicare principi antichi a necessità nuove, che suppone una dilatazione del *ius civile*, sebbene formalmente non sorgano nuove istituzioni” Francisco Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano*, Ediciones Darro, Madrid 1972, p. 30.

³⁵⁵ Come riferisce Gayo (1, 7), un rescritto di Adriano stabilisce che l'opinione concorde dei giuristi con *ius respondendi* è obbligatoria per il giudice, potendo egli procedere con il libero arbitrio nel caso di discordanza. Si veda Juan Iglesias, *Derecho Romano*, quindicesima edizione, Editorial Ariel, Barcelona, 2004, cap. III, p. 37.

³⁵⁶ Juan Iglesias, *Derecho Romano*, quindicesima edizione, Editorial Ariel, Barcelona, 2004, cap. III, p. 37.

³⁵⁷ Autor de la regla Catoniana.

Manio Manilio³⁵⁸ -console nel 149-, Publio Mucio Scevola³⁵⁹ - console nel 133-, Marco Junio Bruto³⁶⁰, che secondo Pomponio³⁶¹ *fundaverunt ius civile*³⁶². Posteriormente, nell'ultimo secolo della Repubblica (130 a.C. - 30 a.C.), i giuristi più famosi di quest'epoca sono: Quinto Mucio Scevola -console nel 95 a.C. e autore del primo saggio sistematico di Diritto civile, con i suoi 18 *libri iuris civilis* e di un *liber singularis*;- Servio Sulpicio Rufo, -console nel 51 a.C.- fu discepolo di Aquilio Galo (autore della *stipulatio Aquiliana* e della formula *Actio doli*) e amico di Cicerone, fu il maestro di giuristi³⁶³ come Alfeno Varo -console nel 39 e autore di quaranta libri di *Digesta*-, e infine, Aulo Ofilio, amico di Cesare, che scrisse un ampio commento all'Editto e vari libri di Diritto civile. Prima del II d.C., la giurisprudenza classica iniziò con due famose scuole³⁶⁴. Le suddette scuole furono fondate da Labeón e Capítón, e poi ereditate dai loro rispettivi discepoli, Próculo e Sabino. Per quanto riguarda la Scuola sabiniana, spicca il proprio Sabino, autore di libri di risposte, di un commento all'Edictor e di tre *libri iuris civilis* che servono da modello ai giuristi posteriori. Inoltre, in questa scuola, sono membri rappresentativi Casio Longino, Celio Sabino, Javoleno Prisco e, soprattutto, Salvio Giuliano, uno dei giuristi notevoli di Roma. Di quest'ultimo, a parte della sistemazione che fece dell'Editto -*Edictum perpetuum*-, è necessario ricordare la sua *Digesta* in novanta libri. Quest'autore realizzò opere dalla sublime esposizione, argomenti chiari ed eleganza per risolvere problemi giuridici. D'altro canto, i membri della scuola proculeyana sono, oltre a Próculo, i Celso, Nerva, Pegaso, Neracio Prisco³⁶⁵.

³⁵⁸ Francisco Cuenca Boy, *Manio Manilio*, in Rafael Domingo (editore), *Juristas Universales, I Juristas antiguos* (Madrid-Barcelona 2004), pp. 111 e ss.

³⁵⁹ Francisco Cuenca Boy, *Publio Mucio Escévola*, in Rafael Domingo (editore), *Juristas Universales, I Juristas antiguos* (Madrid-Barcelona 2004), pp. 115-117.

³⁶⁰ Francisco Cuenca Boy, *Marco Junio Bruto*, in Rafael Domingo (editore), *Juristas Universales, I Juristas antiguos* (Madrid-Barcelona 2004), pp. 113 e ss.

³⁶¹ D. 1, 2, 2, 38; D. 1, 2, 2, 39.

³⁶² Quest'affermazione potrebbe dar adito a dibattiti poiché il *ius civile* risale a vari secoli prima nel tempo.

³⁶³ In maniera complementare bisogna citare degli altri giuristi come Aufidio Namusa, Aulo Cascellio, Trebacio Testa, Q. Elio Tuberón.

³⁶⁴ Nonostante non ci siano ragioni fondate e sufficienti in materia giuridica per distinguere la scuola proculeyana e la scuola sabiniana.

³⁶⁵ Juan Iglesias, *Derecho Romano*, quindicesima edizione, Editorial Ariel, Barcelona, 2004, cap. III, p. 38.

Nella metà del II secolo queste due scuole non proseguono più, per il loro buon cammino, i giuristi che continuano lo studio esegetico, esploratore e teorico dei precedenti come sono Gayo, Pomponio, Africano, Marcelo e Q. Cervidio Scevola. Gayo -*Gaius*-, senza conoscerne né la data né il luogo di nascita, vive nelle epoche degli Imperatori Adriano (117-138), Antonino Pio (138-161) e Marco Aurelio (161-180) ed è autore di un compendio di Diritto Romano la cui magnifica opera si intitola *Institutiones*³⁶⁶, che Giustiniano prende come modello per le sue. Questo libro è didattico, espositivo e originale, apporta un prezioso oggetto di studio sul Diritto dell'epoca classica. Già nel III secolo, i giuristi più importanti sono Papiniano³⁶⁷, Paulo³⁶⁸, Ulpiano³⁶⁹ e Modestino³⁷⁰. Posteriormente che la forza di legge che si dà al prestigio delle soluzioni offerte da questi giuristi fu trascendente per cui si concede forza legale alle opinioni e agli scritti di Gaio, Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino e alle dottrine citate da questi giuristi per evitare conflitti tra le differenti opinioni incontrate, ma con l'eccezione di provarlo valendosi degli originali. Nel caso che i differenti autori non raggiungessero un accordo, il giudice doveva seguire la dottrina difesa dalla maggioranza, e in caso di uguaglianza, la tesi di Papiniano avrebbe prevalso sulle altre. Comunque, se non esistesse un'opinione di quest'autore, il giudice disponeva di libertà per decidere³⁷¹. Successivo alla giurisprudenza nell'epoca finale dell'Impero, la conoscenza dei principi generali, astratti e universali del Diritto

³⁶⁶ Il testo delle *Institutiones* fu scoperto da Niebuhr nel 1816, in un palinsesto della Biblioteca capitolare di Verona. Il manoscritto, che risale al V secolo -conservato nella Biblioteca Vaticana- offre delle lacune, già risolte, dal papiro di Oxyrinco (P. Oxy. 2103), che Hunt e Buckland pubblicarono nell'anno 1927, e da frammenti di un pergamino egizio (PSI. 1182) pubblicati da Vincenzo Arangio Ruiz nell'anno 1933, citato in Juan Iglesias, *Derecho Romano*, quindicesima edizione, Editorial Ariel, Barcelona, 2004, cap. III, p. 38, nota a piè di pagina.

³⁶⁷ Siriano d'origine, *praefectus praetorio* dal 203, fu condannato a morte da Caracalla perché si negò a giustificare l'assassinio che questi commise nella persona di suo fratello nell'anno 212. Come è saputo Papiniano è uno dei più insigni giuristi romani: 37 libri di *quaestiones*, 19 di *responsa* e due di *definitiones*.

³⁶⁸ Discepolo di Scevola, consigliere di Papiniano, membro del Consiglio Imperiale e *praefectus praetorio*, fu un personaggio di gran ingegno e formazione dottrinale. È autore di 80 libri di commenti *ad edictum*, 16 di commenti *ad Sabinum*, 26 di *quaestiones*, 23 di *responsa*, 3 di *Institutiones*, 6 di *regulae* e molti altri.

³⁶⁹ Oriundo di Tiro (Fenicia), consigliere di Papiniano, membro del *consilium principis* e *praefectus praetorio*, fu assassinato dai pretoriani nell'anno 228. Autore di 81 libri *ad edictum praetoris*, 2 *ad edictum aedilium curulium* e 51 *ad Sabinum*.

³⁷⁰ Discepolo di Ulpiano, *praefectus vigilum* tra il 226 e il 244, è autore di 9 libri *de differentiae*, 10 *de regulae*, 10 *de responsa* e 12 *de pandectae*.

³⁷¹ Questa forza legale si acquisisce per la prima volta in una costituzione dell'anno 426, nota con il nome di Legge di Citazione di Teodosio I e Valentiniano III. Si consulti Francisco Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano*, Ediciones Darro Madrid, 1972, p. 3.

romano³⁷² si mantiene mediante il compito di compendiare, ordinare e compilare le opere della giurisprudenza *-iura-* e le costituzioni imperiali *-leges-*. L'attività più proficua in quest'ambito procede dall'imperatore Giustiniano (528-533 d.C.) che riunì i principali contributi del diritto romano classico in quattro libri (le *Institutiones*³⁷³, il *Digesto*³⁷⁴, il *Código* o *Codex*³⁷⁵ e le *Novelas*³⁷⁶), noto nell'ambito scientifico del diritto romano come *Corpus iuris civilis* dall'edizione di Dionisio Godofredo³⁷⁷. L'opera di Giustiniano è un cumulo legislativo e giurisprudenziale di differenti ambienti e secoli, cercando sempre di rispettare nella misura in cui è possibile la tradizione classica. Nonostante i compilatori, espressamente autorizzati da Giustiniano, alterano i testi genuini, sia in termini formali che sostanziali. Le alterazioni diventano adizioni, omissioni, cambi o sottrazioni del contenuto dei testi e si conoscono con il nome d'interpolazione o *emblemata Triboniani*³⁷⁸.

In definitiva, i giuristi del diritto romano sono i responsabili di stabilire le basi dell'istituzione giuridica del contratto di deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro mediante un'attività minuziosa di interpretazione, studio e scoperta profondi. L'esistenza di questo contratto giuridico non è il prodotto di una deliberazione umana

³⁷² Un repertorio molto completo di principi generali di diritto, in riferimento alle leggi o sentenze nelle quali si vedono riconosciuti, può incontrarsi in Mucius Scaevola, *Código civil comentado y concordado extensamente*, Madrid, 1896, tomo secondo appendice, rivolto nella sua totalità a enumerare, in ordine alfabetico, i principi generali del Diritto civile.

³⁷³ Le *Institutiones Iustiniani Augusti* è un'opera principale, destinata agli studenti e realizzata sulla base delle Istituzioni di Gayo e della *Res cottidianae* dello pseudo Gayo. Le *Institutiones* di Gayo hanno un carattere compilatorio e non si fa menzione sulla procedenza dei frammenti o estratti che ne caratterizzano il suo contenuto. Le *Institutiones Iustiniani Augusti* si compongono di quattro libri, divisi in titoli e, a loro volta, in paragrafi (alle *personae* nel libro I; alla *res* il libro II, III e i cinque primi titoli del IV e le *actiones* il resto del libro IV).

³⁷⁴ Il Digesto, *Digesta* o *Pandectae* (al singolare, il nome di Digesto proviene dal Medio Evo) è una raccolta di più di novemila frammenti degli *iura* di trentanove giuristi di prestigio. I compilatori utilizzano un insieme di testi classici per una quantità totale di 2.000 libri- 1.625 libri meritevoli di essere compresi in conformità con il codice Giustiniano-. Al contrario, i frammenti di Ulpiano -la terza parte del Digesto-, Paulo, Papiniano e Giuliano superano tutti gli altri giuristi.

³⁷⁵ Il *Codex* è una raccolta di leggi e costituzioni imperiali ordinati cronologicamente che comprende 12 libri e anche oggetto di interpolazioni (libro I; Diritto Ecclesiastico, fonti del Diritto e funzionari pubblici; Libri II-VIII: Diritto privato; Libro IX: Diritto penale; libri X-XII. Diritto amministrativo).

³⁷⁶ Le novelle o *novellae* si includono le ultime costituzioni imperiali posteriori al Codice scoperte come tre raccolte di carattere privato. Queste sono: *Epitome Iuliani* (124 novelle), *Authenticum* (134 novelle) e una raccolta di 168 novelle realizzate negli dell'imperatore Tiberio II.

³⁷⁷ *Corpus iuris civilis*, edizione di Dionisio Godofredo, Ginebra 1583.

³⁷⁸ Diverse dalle glosse postclassiche, da un punto di vista concettuale più che pratico, si consulti Juan Iglesias, *Derecho Romano*, quindicesima edizione, Editorial Ariel, Barcelona, 2004, cap. III, p. 39-53 e specialmente 42-43. Inoltre si consulti Francisco Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano*, Ediciones Darro, Madrid, 1972, pp. 50-51.

ma il risultato della manifestazione invisibile di un processo evolutivo di milioni di interazioni umane lungo un periodo di tempo con molti protagonisti in carne e ossa. Naturalmente sarebbe nefasto (applicato per qualsiasi istituzione sociale immaginibile di questo tipo di caratteristiche) una rottura che modificasse la natura propria e logica del contratto di deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro poiché la conoscenza tacita interna di ogni istituzione non è comprensibile per gli esseri umani e sorpassa ampiamente la capacità logica di qualsiasi essere umano. Soltanto con l'arsenale analitico della Scienza Economica, è possibile raggiungere un grado di conoscenza su come i processi sociali funzionano, senza poter comprendere neppure una minima frazione del ruolo di qualsiasi istituzione sociale.

Il contratto di deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro nel diritto romano: origine, sviluppo e ricevimento storico posteriore

Etimologia

Il termine “depositum” -deposito- procede dal verbo *pono, is, ere, possui, possitum* che significa fissare, stabilire, porre, collocare, e, con la preposizione *de* compone il verbo *depono, is, sui, situm, nere*, depositare. Così la particella o sillaba *de* possiede diversi significati (sotto, giù, di, da, fuori, su) ma nel verbo *deponere* -e *depositum*- mostra un riferimento da sopra a sotto³⁷⁹. Pertanto *deponere* significa mettere sotto, lasciare in terra, scaricare. Il significato di *depositum* o deposito come avviene in altre lingue come il tedesco nel quale il termine “depositare” significa *niederlegen, niederstellen*, che trasmette l'idea di mettere sotto, situare, collocare sotto. L'origine del deposito si concepisce come una misura di sicurezza che qualsiasi individuo realizza per qualsiasi causa motivata. Sicuramente l'individuo cominciò a realizzare sepolture di quelle cose preziose per se stesso come proprietario di una cosa, dovuto alla difficoltà fisica di portare tutte le cose di sua proprietà dovunque. Così dovette nascere questo contratto giuridico nelle sue prime tappe evolutive intorno a questa idea di nascondere, seppellire,

³⁷⁹ La preposizione *de*, sia in latino che in spagnolo, trova una notevole quantità di parole nelle quali la sillaba o particella *de* può modificare il senso principale del termine. Per esempio: *Decresco, is, crevi, cretum, scire*: calare, diminuire; *Defigo, is, xi, xum, gere*: ficcare, inchiodare; *Denato, as, are*: scendere a nuoto; *Despicio, is, pexi, pectum, piscere*: guardare dall'alto in basso, disprezzare, tra gli altri.

nella parola *depositum* come suggerisce il testo del Digesto (Paulo, Digesto, 41,I, De Acquirendo Rerum Dominium, 31,1): *Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat*. L'espressione del Digesto indica che il deposito è stato abbandonato dal suo proprietario perciò la cosa rimane per molto tempo nascosta o sepolta che è impossibile dimostrarne la proprietà stessa. Nello stesso senso Charles du Fresne, sieur du Cange, segnala che nel suo *Glossarium mediae et infimae Latinitatis*³⁸⁰ segnala il seguente significato del termine deposito : “Arca - sostiene- in *cua pecunia depositum, vel locus ubi alia quoevis bona deposita asservatur, praecipue in monasteriis. Reg. visitat. Odonis Archier. Rotomag, ex Cod. Reg., 1245, fol. 406: Habebant (moniales monasterii (Villar) in Deposito seu thesauro, solutis debitis omnibus quoe debebant, vi. libras*”. Come si può vedere in questo testo, si concede il significato di deposito all'arca secondo la cosa depositata o il luogo in cui si deposita, equiparando le parole *deposito* e *thesaurus*³⁸¹.

Origine e caratteristiche principali

Il contratto di deposito nel diritto romano si sviluppa nel titolo III del XVI libro del *Digesto*³⁸² il cui titolo è “Dall'azione di deposito, diretta o contraria” (*Depositi vel contra*)³⁸³. Qui Ulpiano (*Comentarios al Edicto, libro XXX*) comincia nel primo frammento segnalando che “il deposito è ciò che si diede a qualcuno affinché lo conservasse, definito così per ciò che si *pone*, perché la preposizione *de* aumenta il senso a deposito, per dimostrare che è raccomandato alla fedeltà di quel tutto che appartiene *alla custodia* della cosa”³⁸⁴. Il fine principale del contratto è la custodia³⁸⁵

³⁸⁰ Charles du Fresne, *Glossarium mediae et infimae Latinitatis*, Niort: L. Favre, 1884, tomo III, p. 70. Si consulti anche *Revue de Législation et de Jurisprudence* (Director M. L. Wolowski), Bureau de rédaction, Rue Bergere, 29; videoq fils ainé, éditeur, place du panthéon, 1, Paris, 1852, tomo II, p. 44

³⁸¹ Per approfondire sull'etimologia e su significato del termine significato del término *depositum* si possono consultare i riferimenti citati nell'articolo “El depósito irregular y su aplicación en el Derecho mercantil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Numero 86, Anno VIII, Febbraio 1932, p. 84.

³⁸² L'edizione utilizzata del Digesto nell'epigrafe 3.5.8. utilizzerà il libro di Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889.

³⁸³ Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, Digesto, Libro XVI, Título III.

³⁸⁴ “Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo, quod ponitur, praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet”, Ildefonso L.

della cosa depositata poiché la definizione di Ulpiano *-quod custodiendum alicui datum est-* indica chiaramente il fine del deposito. Ulpiano sostiene che la caratteristica del deposito è la buona fede³⁸⁶ *-totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet-* che si presume da parte di chi riceve la cosa *-depositario-* perciò si intende che questo contratto giuridico sia ritenuto sacro³⁸⁷. Inoltre, una caratteristica propria di questo contratto è la gratuità essenziale intrinseca che servì per distinguerlo dall'affitto nel suo momento *-si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi cum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto: quodsi accepit, ex conducto*³⁸⁸. Sebbene la gratitudine sia un aspetto essenziale della nascita di questo contratto giuridico, si può stabilire una stipulazione per fissare una merce o controprestazione al depositario per la sua attività di custodia *-nam quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur, merito dolum praestatur solus, nisi forte et merces accésit*³⁸⁹.

García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, D. 16, 3, 1.

³⁸⁵ Stando a Eugène Petit, il termine *custodia* si usa con frequenza nelle raccolte di Giustiniano per designare la diligenza propria che l'individuo responsabile della cosa deve applicare alla tutela della cosa. Tuttavia, si impone se c'è una responsabilità imposta al debitore per casi fortuiti, furti o deterioramento della cosa, tranne nei casi di forza maggiore, *Traité élémentaire de Droit romain, París, 1925*, numero 3, pagina 485.

³⁸⁶ Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, D. 16, 3, 1.

³⁸⁷ Dig., Libro XVI, título III, párrafo I, pr.: "Haec actio depositi summam fidei exigit...; ut Juvenalis dixit: Sacrum depositi". Cujas, quaestiones papiniano, sobre la L. XXIV, Digesto, "Depositum", citato da Juan de Roca Juan, *El depósito y la garantía real mobiliaria* (Note per un concetto generico di deposito), Murcia, 1946, p. 446

³⁸⁸ "Se si perdessero i vestiti dati a un bagnino affinché li conservasse, se davvero non ricevette alcuna retribuzione per controllare i vestiti, si obbliga mediante il deposito, e ritengo che soltanto deve dare il dolo, ma se la ricevette, per l'azione di conduzione", Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, D. 16, 3, 1, 8.

³⁸⁹ Ulpiano risalta che "siccome non si tratta di nessuna utilità di ciò in chi si deposita, logicamente si risponde soltanto al dolo, se non sussistesse forse la retribuzione", Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, D. 13, 6, 5, 2. La stipulazione di una merce del deponente verso il depositario come gratificazione del servizio di custodia non snatura la figura del contratto giuridico del deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro poiché continua ad esistere la piena disponibilità e la proprietà in interesse del deponente.

La posizione superiore del depositante rispetto al tantundem: le posizioni di Paulo, Papiniano e Ulpiano

La classificazione del deposito si divide in due: deposito regolare o della cosa specifica e deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro³⁹⁰. D'accordo con il Digesto 19,2, 31 si conosce la differenza evidente tra il contratto di prestito o mutuo e il contratto dei beni fungibili attraverso l'affermazione di Paulo "che nello stesso diritto c'è nel deposito; perché se qualcuno avesse depositato denaro contato, di modo che non l'avesse consegnato né chiuso, né sigillato, bensì contato, colui in cui potere fosse stato depositato non deve un'altra cosa, ma bensì pagare la stessa quantità"³⁹¹. Così, si segnala chiaramente l'obbligazione che ha il depositario di restituire il *tantundem*, vale a dire, l'equivalente in quantità e qualità rispetto a ciò che si è originariamente depositato. Inoltre, il contratto di deposito irregolare dei beni fungibili si materializza attraverso la consegna di un certificato di deposito o ricevuta. Papiniano offre il suo contributo nel *Digesto* 16,3,24: "ti faccio sapere con questa lettera scritta da me, affinché ti sia chiaro, che sono in mio potere le cento monete che in questi giorni mi hai raccomandato e consegnato a mano dello schiavo Stichos, amministratore; le quali ti

³⁹⁰ Stando al giurista Pasquale Coppa-Zuccari, l'espressione *depositum irregolare* non sorge fino a quando non la utilizza per la prima volta Jason de Maino, un postchiosatore del XV secolo, la cui opera si pubblicò a Venezia nell'anno q513. Si consulti Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, Biblioteca dell'Archivio Giuridico Filippo Serafini, vol. VI, Modena 1901, p. 41. Per maggiori informazioni sul trattamento di deposito irregolare nel diritto romano si consiglia di consultare il I capitolo dell'opera di Pasquale Coppa-Zuccari, pp. 2-32.

³⁹¹ "Idem iuris esse in deposito; nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset ut neque clausam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret", Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, D. 19, 2, 31, vol. 1, p. 963. Allo stesso modo Manuel J. García Garrido segnala che "il primo riferimento a questa classe di deposito irregolare di denaro si trova in un testo del giurista repubblicano Alfeno Varo. Si tratta del famoso caso della nave di Saufeyo. Vari mercanti caricano del grano nella nave senza separare e Saufeyo restituisce il grano a uno di essi estraendolo dalla massa comune e dopo la nave naufraga. I restanti mercanti reclamavano la parte di grano persa. Alfeno risponde che ci sono due tipi di cose in affitto: una che si restituisce lo stesso e l'altra in cui si restituisce lo stesso genere, e aggiunge il giurista: "Lo stesso vale nel deposito poiché se uno depositasse una quantità non consegnandola né chiusa, né definita con un segno, ma bensì che si limitasse semplicemente a contarla, nessuna cosa dovrebbe restituire chi la ricevette in deposito, se non il pagamento di una uguale quantità" (D. 19.2.31). Questa esposizione di Alfeno Varo dimostra che già nell'epoca repubblicana si distinguevano due tipi di deposito di denaro: uno chiuso in sacchi e sigillato e l'altro in cui si consegnava la proprietà delle monete al depositario e questi ne restituiva delle altre dello stesso tipo, si consulti lo studio di Manuel J. García Garrido, *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo Romano*, Fundación de Estudios Romanos-Editorial Dykinson, Madrid, 2001, cap. V, p. 78.

saranno consegnate quando vuoi e dove vuoi”³⁹². Questa citazione segnala la piena e immediata disponibilità a favore del depositante mediante la possessione di una ricevuta o certificato di deposito irregolare di denaro come un fatto indefettibile della proprietà della cosa depositata che si utilizzerà per la restituzione della cosa fungibile o dello stesso denaro. Il depositario ha l’obbligo di mantenere sempre a disposizione del depositante l’equivalente in quantità e qualità, il *tantundem*, di ciò originariamente depositato. Nonostante, bisogna indicare che se il depositario si dichiara in fallimento per qualche ragione, i depositanti hanno una preferenza concorsuale assoluta come Ulpiano (D.16,3,7,2-3)³⁹³ sottolinea manifestando che “sempre che i banchieri dichiarino fallimento, si suole in primo luogo prendere in considerazione i depositanti, ovvero, coloro che avessero delle quantità depositate, non quelle che usavano con interessi in potere dei banchieri, o con i banchieri, o da se stessi; e così, quindi, se si fossero venduti i beni, prima dei privilegi si prende in considerazione i depositanti, a patto che non si prendano in considerazione quelli che dopo riceverebbero interessi, *come* se avessero rinunciato al deposito”³⁹⁴.

³⁹² “centum numos, quos hac die commendasti mihi annuerante servo Stichus actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epistola manu mea scripta tibi notum facio; quae quando volis, et ubi voles, confestim tibi numerabo”, Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, D. 16, 3, 24, vol. I, p. 840. Si consulti anche Manuel J. García Garrido, *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo Romano*, Fundación de Estudios Romanos-Editorial Dykinson, Madrid, 2001, cap. V, pp. 78-79.

³⁹³ Manuel J. García Garrido espone la differenza che Ulpiano realizza tra un deposito improduttivo - deposito a vista di denaro - e il deposito di interessi - contratto di prestito - nei casi di fallimento del banchiere così: “dichiara creditori privilegiati, cioè che riscuotono prima degli altri, ai depositanti che non percepiscono interessi, o a quelli che si presta con essi, perfino se i depositari percepiscono in un secondo momento, poiché è come se avessero rinunciato al deposito” (D.16.3.7.2-3)”. Perfino García Garrido risalta che la differenza tra il prestito e il deposito dato che soltanto sono creditori privilegiati” coloro che depositarono denaro in banca a causa della fiducia che si suole concedere pubblicamente ai banchieri” (D.42.5.24.2), si consulti Manuel J. García Garrido, *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo Romano*, Fundación de Estudios Romanos-Editorial Dykinson, Madrid, 2001, cap. V, p. 79.

³⁹⁴ “Quoties foro cedunt numularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum, qui depositas pecunias habuerunt, non quas fœnore apud numularios, vel cum numulariis, vel per ipsos exercebant; et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito”, Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, D. 16, 3, 7, 2, vol. I, p. 837.

L'incompatibilità del pagamento degli interessi nel contratto di deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro

Senza dubbio, Ulpiano ci urge a mostrare l'incompatibilità del deposito irregolare di denaro con il pagamento degli interessi e, nel caso in cui i banchieri pagassero gli interessi, il contratto sarebbe completamente diverso (ovvero, il contratto di prestito o mutuo realizzato da un banchiere). Perfino Papiniano apporta una risposta a una consulta sulla problematica azione della riscossione degli interessi nel deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro. La consulta era la seguente: Lucio Ticio fa sapere a Sempronio attraverso una lettera che ha ricevuto cento scudi (*nummos*), mediante lo schiavo Stico, pertanto Lucio Ticio è obbligato a restituire la quantità immediatamente dove e quando vorrà Sempronio. Perciò Sempronio si domanda se può esigere interessi o no: Risposi, che ha luogo l'azione di deposito; perché *che altro è raccomandare, che depositare?* Così ciò che è vero, se si fece questo, perché si restituissero le stesse monete; perché se si concordò che si pagasse la stessa quantità, il negozio eccederebbe delle condizioni di termine del deposito. *Nel caso in cui non ci sia l'azione del deposito, perché si concordò che si restituisse la stessa quantità, non le stesse monete, non si deve facilmente dire che si prendano in considerazione gli interessi.* E si trova certamente stabilito, che nei processi di buona fede, per ciò che concerne gli interessi, sia importante la funzione dell'arbitro, che la stipulazione; *ma è contro la buona fede e la natura del deposito reclamare gli interessi*, prima di incorrere nella mora, di colui che ottenne beneficio nel ricevere denaro; ancor di più se dal principio si concordò sulla prestazione degli interessi, si osserverà la legge del contratto”³⁹⁵. In questa citazione anteriore Papiniano comincia ad affermare che il

³⁹⁵ “Respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. In qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. Et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. Si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur”, Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, D. 16, 3, 24, T. I, 840-841. Si consulti anche Joaquín Garrigues y Díaz-Cabañete, “El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, numero 88, anno VIII, 1932, pp. 244-248 e specialmente 244-245.

termine *commendare*³⁹⁶ parola usata nel testo -non è altro che *deponere* (*quid est enim aliud commendare quam deponere*)- per indicare in seguito che l'esigenza degli interessi di fronte alla mora è contraria alla buona fede e alla natura del deposito a chi ha reso un servizio facendosi responsabile del denaro (*sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit*).

L'uso della cosa depositata e l'azione di furto nel Codice, Novelle e Digesto: le posizioni di Papiniano, Celso, Paulo e Ulpiano

In relazione alle obbligazioni del depositario, si indica chiaramente che il depositario che utilizzi la cosa depositata in maniera diversa da ciò accordato è soggetto all'azione di furto. Papiniano lo spiega nel *Digesto* (D.47,2,78) manifestando che “Uno diede una cosa perché venisse esaminata; se il rischio corrispondesse a chi la ricevette, questi stesso può esercitare l'azione di furto”³⁹⁷. Nello stesso modo, si indica nello stesso titolo II del *Digesto* (D.47,2,67) che si commetterà reato di furto se la possessione del deposito si assume per defraudare. Celso lo spiega correttamente dichiarando che: “Nessuno commette un furto negando un deposito; perché la propria negazione non è furto, sebbene sia vicina ad esserlo. Ma se si prende la possessione di esso per defraudare, commette furto”³⁹⁸. D'altra parte, Paulo definisce il furto nel (D.47,2,1,3) come “l'impossessamento fraudolento di una cosa, per realizzare lucro, sia della stessa cosa, che anche del suo uso e possessione; ciò che per *legge naturale* è proibito fare”³⁹⁹. Sulla stessa linea Ulpiano (D. 47,2,52,16) offre la sua visione del furto nel *Digesto*,

³⁹⁶ D. 50,16, 186: “*Commendare*” nihil aliud est quam deponere” (“Raccomandare” non è altro che depositare); si consulti anche Franco Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare in Diritto Romano*, Bollettino dell'Istituto di diritto romano, n. 49 y 59, 1948, p.141, e Guido Astuti, *Enciclopedia del Diritto. Deposito*, dir. Francesco Calasso, Giuffrè, 1958, vol. XII, p. 212

³⁹⁷ “Rem inspiciendam quis dedit; si periculum spectet eum, qui accepit, ipse furti agere potest”, Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, D. (47, 2, 78), tomo III, p. 672

³⁹⁸ “Infittando depositum nemo facit furtum; nec enim furtum est ipsa infittatio, licet prope furtum est. Sed si possessionem eius adipiscatur intervertendicausa, facit furtum”, Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, D. (47, 2, 67), tomo III, p. 670

³⁹⁹ “Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve; quod lege naturali prohibitum est admittit”, Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, D. (47, 2, 1, 3), tomo III, p. 645.

riferendosi a Giuliano nel seguente modo: “se qualcuno avesse ricevuto da me denaro, perché pagasse un mio creditore, e poi, egli dovendogli un’altra quantità, glielo avesse pagato a suo nome, egli commetterebbe furto”⁴⁰⁰. L’obbligazione di mantenere la totale disponibilità del *tantundem* e la commissione di un delitto di furto nel caso in cui la suddetta disponibilità non si mantenga appare in termini molto più contundenti nel *Código*⁴⁰¹ (C.a,34,3) nel quale l’imperatore Gordiano dichiara ad Austero che “se eserciterà l’azione del deposito, non senza ragione chiederai che ti siano pagati anche gli interessi, *poiché deve ringraziarti il depositario che tu non lo faccia responsabile dell’azione del furto, dato che egli contro la volontà del suo proprietario avesse applicato, sapendolo e volendolo, ai suoi propri usi la cosa depositata incorre anche nel delitto di furto*”⁴⁰². Infatti, nel paragrafo 8 del *Código* (C.4,34,8), si segnala che esiste violazione di custodia se il depositario utilizza in beneficio proprio il denaro depositato, prestandolo ad altre persone, applicando sia l’azione degli interessi di mora che l’azione di reato di furto presente nella Costituzione di Gordiano, che menziona così: “Se chi ricevette il denaro depositato da te, lo diede in mutuo a suo nome, o a nome di un altro, è chiaramente certo che sia egli che i suoi successori sono obbligati a compiere l’incarico di fiducia accettato”⁴⁰³. Questo testo fissa la sua attenzione su come l’essere umano soccombe alla tentazione di utilizzare il denaro ricevuto in deposito per usarlo per conto proprio, espresso ugualmente in un altro testo del *Corpus Iuris Civilis*, Novelle (Costituzione 88,1) in cui si offrono procedimenti di sanzione non soltanto mediante l’azione del reato di furto ma anche attraverso il pagamento degli interessi di mora, “perché a causa di questo timore gli uomini smettano di usare i depositi

⁴⁰⁰ “Si pecuniam quis a me acceperit, ut creditori meo solvat, deinde quum tantam pecuniam eidem creditori deberet, suo nomine solverit, furtum eum facere”, Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, D. (47, 2, 52, 16), tomo III, p. 663

⁴⁰¹ L’edizione utilizzata del Codex e le Novelle in questa epígrafe utilizzerà il libro di L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889.

⁴⁰² “Si depositi experiaris, non iminerito etiam usuras tibi restitui flagitabis, quum tibi debeat gratulari, quod furti eum actione non facias obnoxium, siquidem qui rem depositam invito domino sciens prudensque in usus suos converterit, etiam furti delicto succedit”, Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, C. (4, 34, 3), tomo IV, p. 490.

⁴⁰³ “Si is, qui depositam a te pecuniam accepit, eam suo nomine vel cuiuslibet alterius mutuo dedit, tam ipsum de implenda suscepta fide, quan eius successores teneri tibi, certissimum est”, Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, C. (4, 34, 8), tomo IV, p. 491.

malvagiamente, con sciocchezze e perversità”⁴⁰⁴. Tuttavia, su questa linea, i giuristi romani ebbero l’opportunità di proporre risposte a quei casi d’inadempimento dell’obbligazione di restituzione immediata del *tantundem* da parte del depositario nella materializzazione non soltanto di un reato di furto, ma anche nell’inadempimento del pagamento degli interessi per mora. In questo senso Papiniano afferma nel *Digesto* (D. 16,3,25,1) che “chi investì per i propri usi il denaro depositato in suo potere in pacchetti non sigillati, perché restituisca la stessa quantità, deve essere condannato dopo la mora *anche* agli interessi per l’azione del deposito”⁴⁰⁵ poiché la possibilità di esigere interessi moratori mediante la *actio depositi* si deduce chiaramente dal testo di Papiniano e l’uso della cosa depositata è inconciliabile con la natura del contratto di deposito. Bisogna dire che questo risultato è stato il modo di agire attraverso la figura *depositum confessatum* durante il Medio Evo per ovviare la proibizione canonica della riscossione degli interessi, camuffando i contratti giuridici di depositi che in realtà erano veri prestiti o mutui e ammettendo, mediante atti di incorrere in una possibile mora, la riscossione degli interessi che non si fossero permessi canonicamente nel caso del prestito o mutuo.

Le differenze tra il contratto di deposito irregolare e il contratto di prestito secondo Paulo e Ulpiano

Infine, è necessario distinguere l’enorme differenza esistente tra il contratto di prestito e mutuo e il contratto di deposito irregolare di denaro come Paulo (D. 16,3,26) e Ulpiano (D. 12, 1, 9, 9; D. 12, 1, 9, 10) distinguono in alcune delle loro esposizioni. Così, per esempio, Paulo (D.16,3,26) indica che “Publia Mevia, mettendosi in viaggio per visitare

⁴⁰⁴ “Ut hoc timore stultorum simul et perversorum maligne versandi cursum in depositionibus homines cessent”, Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, Novelas (Constitución 88, 1), tomo VI, pp. 310-311. Si studiera con attenzione nel II Capitolo come si è perversa l’istituzione del deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro da parte dei depositari lungo la storia.

⁴⁰⁵ “Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus propios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est”, Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, D. (16, 3, 25, 1), tomo I, p. 841. Riprodotta anche in Joaquín Garrigues y Díaz-Cabañete, “El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, numero 88, anno VIII, pp. 241-242. Si consulti anche Manuel J. García Garrido, *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo Romano*, Fundación de Estudios Romanos-Editorial Dykinson, Madrid, 2001, cap. V, p. 78.

il marito, *affidò a Caya Seya un'arca chiusa con vestiti e strumenti, e le disse: quando ritornerò sana e salva, me la restituirai*, ma se dovessi morire, la restituirai a mio figlio, che ebbi dall'altro marito. Essendo, lei, morta senza fare testamento, domando, a chi dovranno essere restituite *le cose affidatele*, al figlio o al marito? Paulo rispose: al figlio. Lucio Ticio si compromise così: ricevetti, e ho in mio potere a titolo di deposito i sottocritti diecimila denari d'argento, e prometto e confesso che li consegnerò tutti nel tempo stabilito, essendosi accordato che fino a quando non si restituisca tutto l'argento, io ti somministrerò a titolo di interessi ogni mese e per ogni libbra quattro oboli. Domando, possono chiedersi gli interessi? *Paulo rispose, che questo contratto, del quale si parla, supera i limiti di un deposito di denaro*; e per questo, in conformità a ciò accordato possono chiedersi anche gli interessi con l'azione di deposito⁴⁰⁶. Allo stesso modo Ulpiano D. (12,1,9,9) afferma che “Depositai dieci monete in tuo potere, e dopo ti permisi di usarle; *Nerva e Próculo dicono, che anche prima di essere utilizzate posso reclamartele per la condizione data a te in mutuo*; ed è vero, come sembra anche a *Marcelo, perché cominciò a possedere con l'intenzione, e dunque passò il rischio per chi sollecitò il denaro in mutuo*, e potrà reclamarle per la condizione⁴⁰⁷ e continua in seguito nel seguente paragrafo (D.12, 1, 10) indicando “Ma se dal principio, *avendolo depositato, ti avrei permesso di usarlo, se tu volessi, non c'è prestito*, prima che sia stato utilizzato, perché non è cosa certa se si costituisse il debito⁴⁰⁸. Comunque,

⁴⁰⁶ “Lucius Titius ita cavit: suscepi habeoque apud me titulo depositi supra scripta denarium argenti decem millia, meque ad praescriptum omnia praestitutum et promitto et profiteor, conventionem scilicet inita, ut quoad omne argentum reddatur, in singulos menses singulasque libras usurarum nomine quaternos tibi obolos subministrem. Quaero, an usurae peti possunt? Paulus respondit, eum contractum, de quo quaeritur, depositae pecuniae modum excedere; et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt. Titius Sempronius salutem. Habere me a vobis auri pondo plus minus decem, et discos duos, saccum signatum, ex quibus debetis mihi decem, quos apud Titium deposuistis; item quos Trophimati decem, item ex ratione patris vestri decem, et quod excurrit. Quaero, an ex huiusmodi scriptura aliqua obligatio nata sit, scilicet quod ad solam pecuniae causam attinet? Respondit, ex epistola, de qua quaeritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse; an autem is quoque, qui debet sibi cavit in eadem epistola decem, probare possit hoc, quod scripsit, iudicem aestimaturum”, Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, (D. 16, 3, 26), tomo I, p. 841.

⁴⁰⁷ “Deposui apud te decem postea permisi tibi uti; Nerva, Proculus, etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse, aiunt; et est verum, ut et Marcello videtur, animo enim coepit possidere, ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit, et poterit ei condici”, Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, (D. 12, 1, 9, 9), tomo I, p. 678.

⁴⁰⁸ “Quodsi ab initio, quum deponerem, uti tibi, si voles, permisero, creditam non esse, antequam mota sit, quoniam debitum iri non est certum”, Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a*

l'affermazione più evidente e chiarificatrice si trova del *Digesto* (D. 42, 5, 24, 2) mediante l'opinione di Ulpiano che sostiene che “si determinò che, vendendosi i beni di un banchiere sia preferenziale, dopo i privilegi, la condizione di quelli che attenendosi alla fede pubblica depositarono denaro in banca. Non si distanziano dagli altri creditori coloro che riceverebbero dai banchieri interessi per il denaro depositato; e avendo ragione, *perché una cosa è dare credito, e un'altra depositare*. Ma se esistesse il denaro, ritengo che possa essere rivendicato da quelli che lo depositarono, e chi lo rivendica sarà superiore ai privilegiati⁴⁰⁹. In definitiva, possiamo distinguere i due contratti giuridici distinti esaminati stando al testo ultimo del proprio Ulpiano. Da un lato, il contratto di deposito non ha diritto a interessi, obbligando a mantenere una piena disponibilità del *tantundem* (coefficiente di cassa del 100%) in qualsiasi momento e con diritto superiore nel caso di fallimento. E, dall'altro, un contratto di prestito o mutuo che obbliga al pagamento di interessi al depositante, oltre a essere privo del diritto superiore nel caso di fallimento della banca.

L'inadempimento del tantundem secondo Papiniano

Papiniano teorizza sull'inadempimento del *tantundem* da parte del depositario sottolineando che egli affronterà il debito contratto con il denaro depositato e anche con tutti i beni del depositario-defraudatore. Così, questo giurista romano spiega nel *Digesto* (D. 16,3,8) “*il cui privilegio si esercita non soltanto rispetto a quella quantità, che il denaro depositato si trovò nei beni del banchiere, bensì rispetto a tutti i beni del defraudatore*”; e ciò si ammette per l'utilità pubblica a causa dell'uso necessario dei banchieri. Ma sempre è superiore la causa della spesa che per necessità si fece, perché il calcolo dei beni suole farsi essendosi dedotto quello”⁴¹⁰. Infatti, i principi giuridici

double texto, traducido al castellano del latino, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, (D. 12, 1, 10), tomo I, p. 678.

⁴⁰⁹ “In bonis mensularii vendundis post privilegia potiorum eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Set enim qui depositis numis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non seperantur; et merito, aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen numi extent, vindicari eos posse puto a depositariis, et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia”, Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a double texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, (D. 42, 5, 24, 2), tomo III, p. 386.

⁴¹⁰ “Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii ex pecunia deposita reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus; idque propter necessarium usum argentariorum ex

essenziali che caratterizzano il contratto di deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro furono scoperti dalla scienza giuridica romana a causa dell'incipiente sviluppo economico, commerciale e finanziario. Questi principi giuridici passarono alle differenti raccolte medievali e ai testi legali dei differenti paesi europei⁴¹¹ nonostante il declino economico e finanziario a causa della caduta dell'impero romano e il successivo arrivo del Medio Evo.

Fuero juzgo o Liber Iudiciorum

Uno di questi primi testi legali Spagnoli, di origine visigota, fu il noto *fuero juzgo* o "*Liber Iudiciorum*" che trattò poco e con leggero fondamento l'istituzione giuridica del contratto di deposito irregolare. Dunque, il titolo V del libro V denominato "*Título delle cose affidate e prestate*" studia, a carattere esclusivo, le cose prestate (e non le cose affidate). La stessa divergenza avviene tra il titolo e il contenuto della legge III (legge antica) del titolo V del libro V che ha come titolo testuale "Delle cose prestate che si perdono per fuoco o furto" che tratta completamente di azioni e cose date in tutela e commissione. La legge III del titolo V mostra uno scarso riferimento sul deposito irregolare che dice: "*Si algun omne diere en guarda á otro oro ó plata, ó ornamientos, ó otras cosas, ó ge lo diera que lo vendiesse, si se perdió aquella cosa, ó se quemó con otras cosas en casa daquel que la recibiera, este qui la recibió venga á su sennor con testimonios, é del un escripto de quanto perdió, é yure que nenguna cosa non ende a, ni metió en su provecho; é assi non sea tenuto de pagar ende nada, fueras ende l'oro o l'argento che non può ardere*"⁴¹². In questo punto preciso, il *Liber Iudiciorum* intende che si tratta di un deposito il cui oggetto è l'oro o l'argento, ovvero, una cosa di carattere fungibile per essere restituita al depositante da parte del depositario, perfino dopo un incendio perché "l'oro o l'argento non possono ardere": Non c'è dubbio che il

utilitate publica receptum est. Plane sumtus causa, qui necessarie factus est, semper praecedit, nam deducto eo bonorum calculus subduci solet", Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889, (D. 16, 3, 8), tomo I, p. 837.

⁴¹¹ Lo studio effettuato dalla dottrina spagnola e da altri paesi del contratto di deposito irregolare dei beni fungibili o denaro si analizzerà nel secondo capitolo di questa ricerca.

⁴¹² *Fuero juzgo en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códigos*, per la Real Academia Española, Ibarra - Impresor de Cámara de S. M., 1815, Madrid, Libro V, Título V, ley III, p. 91.

Liber Iudiciorum o fuero juzgo non ignorava questo contratto giuridico dalla pratica e dottrina giuridica romana, sebbene l'esposizione teorica non rappresenti nessuna conclusione contundente e fondata.

Degli altri testi importanti da risaltare nel Diritto altomedievale sono i diritti di ambito locale come i famosi fuero. I fuero determinavano che la voce “affidare” viene riferita quasi sempre al deposito dei beni mobili⁴¹³. I termini più usati sono i seguenti: “commendatio”, comendatio, encomendado, comenda, acomenda, comienda, acomienda, lexa o leya (questi due ultimi in Aragón) e depositi (Fuero di Cuenca e la versione latina di Teruel). Grazie alla ricerca del professor Martínez Gijón⁴¹⁴ si indica il tipo di comenda citato da questi, ovvero, le cose mobili consegnate per la tutela e la custodia. Questa modalità è presente nei Fuero di Avilés (21), Oviedo, Cuenca e Soria (374) i quali riproducono in maniera semplice la Legge 5.5.5 del Fuero Juzgo o *Liber Iudiciorum*. Più specificamente tutti questi Fuero, salvo nel caso di Soria, confermano il supposto della consegna di una cosa o cose mobili che non sono individualizzate né specificate dall'ospite all'albergatore, stabilendosi il principio di irresponsabilità di questi nel caso della perdita delle cose che non si siano ricevute in comenda e regolandosi la procedura da seguire quando l'ospite non è d'accordo con quelle che gli siano restituite dall'albergatore nel momento.

Fuero delle Leggi o Fuero Reale

Così, nel Fuero delle Leggi o *Fuero Reale*⁴¹⁵, si identifica perfettamente mediante la Legge V, Titolo XV, Libro III del citato Codice, che manifesta nella seguente maniera: “Quien alguna cosa de otri rescibiere en encomienda, esa mesma cosa sea tenudo de entregar a aquel de quien la recibió, e no sea osado de la usar en ninguna manera, sino como fuere encomendado; pero si algunos dineros por cuenta, o oro, o plata, en masuca rescibiere de otri en encomienda a peso, bien puede usar dello, a dar otro tanto

⁴¹³ Ad eccezione di alcune figure giuridiche come sono i beni immobili del Fuero di Medinaceli.

⁴¹⁴ José Martínez Gijón, “La comenda en el Derecho español” in *Anuario de Historia del Derecho*, 1964, número 34, pp. 47 e ss.

⁴¹⁵ Joaquín Garrigues y Díaz-Cabañete, “El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 89, año VIII, pp. 333-335.

*e tal como aquello, a aquel de quien los rescibió; e si los dineros, o el oro, o la plata, rescibió so cerradura, e no por cuenta, ni por peso, no sea osado de lo usar: e si lo ficiere, pechelo doblado à aquel de quien lo tenía*⁴¹⁶. Questo testo intende il deposito fatto *in genere* come una cessione della proprietà della cosa depositata alla persona dal depositario. La frase “essa può usarsi bene” dimostra in maniera molto chiara, forse a causa dell’influenza del *depositum confessatum* e degli altri contratti giuridici (censo, contratto trino, ecc.) che snaturarono i contributi compresi nel *Corpus Iuris Civilis* in relazione al trasferimento della proprietà nel contratto di deposito, sebbene, logicamente, si mantenga un’obbligazione di custodia del *tantundem* (esigenza di un coefficiente di cassa del 100%) della quantità e qualità depositata sempre nell’interesse del deponente.

Le Sette Parti

Anche, nelle Sette Parti, si fa riferimento ai depositi denominati *condesijo* e più concretamente nella Legge II, Titolo III, Parte V segnala che “il dominio della possessione della cosa, che è data in tutela, non diventa colui che la riceve, eccetto quelle che si possano contare, o pesare o misurare quando le avrà ricevute se quando le avrà ricevute gli si avesse dato per il numero, o per il peso o per la misura, passerebbe al suo dominio. Ma dovrebbe dare quella cosa, o altrettanto: tale e come egli l’ha ricevuta a chi gliela diede in custodia”⁴¹⁷. Naturalmente, la struttura giuridica superiore del Codice delle Partite raccoglie alcuni dettagli notevoli del contratto di deposito irregolare come la “presunta” ammissione della cessione della proprietà al depositario nella seguente frase “Ca entonces pasaría el señorío a él”, sebbene rimanga obbligato, in conformità con la scrittura corrispondente, a restituire le cose o merci ricevute o il valore segnalato

⁴¹⁶ Si consulti il riferimento che fa al Fuero Reale Juan Roca Juan nel suo articolo sull’ “El depósito de dinero”, in *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, diretti da Manuel Albaladejo, tomo XXII, vol. I, Editorial Revista del Derecho Privado EDESA, Madrid 1982, p. 249. Consultare anche Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. I, p. 34. Joaquín Garrigues y Díaz-Cabañete, “El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, numero 89, anno VIII, p. 334.

⁴¹⁷ Si consulti *Las Siete Partidas* glossate dal dottor Gregorio López, pubblicate in edizione facsimile dal Boletín Oficial del Estado, Madrid 1985, vol. III, 5.^a Partida, título III, ley II, pp. 7-8. Una versione riassunta si trova in Alfonso X El Sabio. *Las siete partidas*: antología [1256-1265]. Selección, prologhi e note a cura di Francisco López Estrada e María López García-Berdoy, Editorial Castalia, Madrid, 1992.

nel contratto a ognuna di quelle che fossero sparite al depositante, sia da vendersi attraverso l'autorizzazione del proprietario originario o per delle altre cause non previste. Il commento giuridico di Gregorio López in relazione al contratto di deposito irregolare come contratto diverso del mutuo o prestito come dottrina pacifica e inconfutabile. Come avviene nel Fuero Reale⁴¹⁸, il testo mantiene l'incognita sul pagamento degli interessi sebbene seguendo la Legge V dello stesso titolo, sembra probabile che la proibizione di compensare gli interessi nel deposito regolare si applicasse al contratto di deposito irregolare nello stesso modo.

Novísima Recolta

L'ultimo testo spagnolo che si deve menzionare è la Novísima Recolta, considerando che la Nuova Raccolta è compresa nella Novísima. Questo testo raccoglie un riferimento nella Legge I, Titolo IX, Libro X (10.9.1) che ha come titolo “dei depositi e fiducie”⁴¹⁹. Così la Legge 10.9.1 si chiama “Obbligazione di coloro che ricevano denaro dagli altri in affidamento, fiducia o un'altra ragione, a restituirlo nelle stesse condizioni senza ricevuta” che realizza uno studio del cambio di valore delle monete e della loro ripercussione nel contratto di deposito irregolare: “Tuttavia essere disponibile nella pragmatica del 14 Ottobre prossimo (i) *sobre el aumento de mayor valor de monedas de plata y oro, que este aumento que tuviere dicha moneda, que parare en poder de qualesquiera personas por razón de depósitos, ó por otras causas que pertenezcan á otras personas, haya de tocar á la persona á quien ella pertenezca, y no á aquellos en cuyo poder se hallare*”. Perfino la nota a pie di pagina che fa riferimento al capitolo 7 della citata pragmatica riconosce la proprietà del deponente in quelle situazioni identiche fino alla promulgazione della pragmatica in maniera identica a quella anteriore che dice così: “Porque al tiempo que esta pragmática se promulgare se podrán hallar algunas cantidades de plata, ó por razón de depósito, ó por otras causas, las cuales

⁴¹⁸ Joaquín Garrigues y Díaz-Cabañete, “El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, numero 89, anno VIII, p. 335.

⁴¹⁹ *Novísima recopilación de las leyes de España*, Divisa in XII libri, nei quali si reforma la Raccolta pubblicata dal Re Don Felipe II nell'anno 1567, ristampata definitivamente nell'anno 1775, e vi si annettono le pragmatiche, certificati, decreti, ordini e risoluzioni reali, e degli altri provvedimenti non raccolti e tramitati fino all'anno 1804. Incaricata dal Re don Carlos IV. Stampata a Madrid. Nella tipografia di Sancha. Anno MDCCCV (1805), Tomo V, Libro, X, Título IX, Legge 1.

no pertenezcan á las personas en cuyo poder se hallaren, declaramos y mandamos, que el aumento y mayor valor que estas cantidades tuvieren, haya de ser y sea para las personas á quienes pertenecía el dinero al tiempo de la promulgación de esta pragmática, y no para aquellos en cuyo poder se hallare”⁴²⁰.

Infine, per concludere, si può confermare che la tradizione della scienza giuridica romana delineò l’istituzione giuridica del contratto di deposito irregolare dei beni fungibili o di denaro così come anche degli altri contratti giuridici pienamente diversi come il prestito o il mutuo. Il prossimo Capitolo (II) analizzerà l’evoluzione dell’istituzione giuridica del contratto di deposito irregolare dei beni fungibili di denaro e si comproverà come le qualità proprie di tutela, custodia, disponibilità e proprietà sono state lentamente violate durante i secoli attraverso l’azione combinata della banca e del governo di turno e le conseguenze di ognuno di questi nella vita economica e sociale.

⁴²⁰ *Novísima recopilación de las leyes de España*, Divisa in XII libri. Nei quali si reforma la Raccolta pubblicata dal Re Don Felipe II nell’anno 1567, ristampata definitivamente nell’anno 1775. E vi si annettono le pragmatiche, certificati, decreti, ordini e risoluzioni reali, e degli altri procedimenti non raccolti, e tramitati fino all’anno 1804. Incaricata dal Re don Carlos IV. Stampata a Madrid. Nella tipografia di. Anno MDCCCV (1805), Tomo V, Libro, X, Título IX, Legge 1, nota a piè di pagina numero (I).

CAPÍTULO II

LA VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES, UNIVERSALES Y TRADICIONALES DEL DERECHO EN EL CONTRATO DE DEPÓSITO IRREGULAR DE DINERO: UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA

1

LA ACTIVIDAD BANCARIA⁴²¹ EN GRECIA Y EN ROMA

La noción del concepto de depósito en la Biblia

Varias importantes aproximaciones a la noción y naturaleza del contrato jurídico de depósito pueden ser observadas en el texto sagrado para todos los cristianos, esto es, la *Biblia*. En primer lugar, se puede observar en los versículos sexto y séptimo del capítulo titulado “Leyes relativas a la propiedad” en el libro del *Éxodo* del Antiguo Testamento (Ex. 22,6-7) lo siguiente: “*Si uno da a otro en depósito dinero o utensilios, y fueron éstos robados de la casa del otro, el ladrón, si es hallado, restituirá el doble. Si no aparece el ladrón, el dueño de la casa se presentará ante Dios, jurando no haber puesto su mano sobre lo ajeno*”⁴²². También, desde el versículo vigésimo al versículo vigésimo cuarto del capítulo denominado “Sacrificio por fraude o engaño” en el libro del *Levítico* del Antiguo Testamento (Lev. 5,20-24), Yavé habla a Moisés diciendo: “*El que con desprecio de Yavé pecare negando a uno de su pueblo un depósito, una prenda puesta*

⁴²¹ Se dispone de alguna información respecto a los orígenes de la actividad bancaria hasta la caída de Constantinopla, entre los cuales destacan el templo de Uruk (3400-3200 a.C.) y el Código de Hamurabi (2050 a.C.). Véase los siguientes autores: Jorge Pérez Ramírez, *Vida paralelas: la banca y el riesgo a través de la historia*, Marcial Pons-Ediciones de Historia, Madrid, 2011, cap. I, pp. 29-34 y Joaquín Trigo Portela, “Historia de la banca”, *Enciclopedia práctica de la banca*, tomo VI, Editorial Planeta, Barcelona 1989, cap. III, pp. 234-237.

⁴²² *Sagrada Biblia: Versión directa de las lenguas originales*, Eloino Nacar Fuster y Alberto Colunga Cueto, O.P., revisión del texto por una comisión de escrituristas presidida por Maximiliano García Cordero, O.P., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993, Antiguo Testamento, Éxodo 22,6-7, p. 90, (las cursivas son mías).

*en sus manos, que injustamente se apropió, o con violencia le quitase algo, o se apropiase algo perdido que encontró, y más si perjurase en cualquiera de estas cosas en que los hombres suelen perjurarse, pecando y contrayendo reato, restituirá íntegramente a su dueño lo robado, defraudado, confiándole en depósito, o encontrado y negado, o aquello sobre que falsamente juró, con el recargo de un quinto del valor, el día de su sacrificio por el delito*⁴²³. En tercer lugar, hay una aproximación intuitiva al concepto de depósito retratado desde el capítulo cuarto hasta el capítulo duodécimo del libro *Tobías* del Antiguo Testamento (Tob. 4-12) en el cual Tobit se acuerda “de la suma que tenía en poder⁴²⁴ de Gabael en Ragues de Media, y dijo: “Yo me he pedido la muerte; ¿por qué, pues, no llamar a Tobías, mi hijo, y comunicárselo antes de morir?”⁴²⁵. Así, posteriormente, Tobit indica a su hijo Tobías: “Has de saber también que tengo diez talentos en poder de Gabael, hijo de Gabrías, en Ragues de Media” y su hijo Tobías le responde “Padre, cuanto me has mandado lo cumpliré. Pero ¿cómo voy a poder recobrar el dinero de Gabael, si no le conozco? Diole su padre el recibo y le dijo: “Busca quien te acompañe, que yo le daré su recompensa, y ponte en camino para cobrar el dinero antes que yo muera”⁴²⁶. Posteriormente, una vez ya instalados en Ragues de Media, “Partió Rafael -uno de los siete santos ángeles que acompaña a Tobías- y se hospedó en casa de Gabael, a quien dio el recibo. Trajo Gabael los talegos sellados y se los entregó⁴²⁷ para regresar a la casa de sus padres con “su -nueva- mujer, Sara, y la mitad de la hacienda, siervos, ganados y dinero -del depósito-⁴²⁸,

⁴²³ *Sagrada Biblia: Versión directa de las lenguas originales*, Eloino Nacar Fuster y Alberto Colunga Cueto, O.P., revisión del texto por una comisión de escrituristas presidida por Maximiliano García Cordero, O.P., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993, Antiguo Testamento, Levítico 5,20-24, pp. 119-120, (las cursivas son mías).

⁴²⁴ Aquí se puede entender en vez de la cita literal de “la suma que tenía en poder de Gabael” sino en el sentido de *cómo Tobit se acordó del dinero que había dejado en depósito a Gabael*, en Ragues de Media.

⁴²⁵ *Sagrada Biblia: Versión directa de las lenguas originales*, Eloino Nacar Fuster y Alberto Colunga Cueto, O.P., revisión del texto por una comisión de escrituristas presidida por Maximiliano García Cordero, O.P., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993, Antiguo Testamento, Tobías, 4,1-2, p. 576.

⁴²⁶ *Sagrada Biblia: Versión directa de las lenguas originales*, Eloino Nacar Fuster y Alberto Colunga Cueto, O.P., revisión del texto por una comisión de escrituristas presidida por Maximiliano García Cordero, O.P., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993, Antiguo Testamento, Tobías, 4,20-5,3, p. 577.

⁴²⁷ *Sagrada Biblia: Versión directa de las lenguas originales*, Eloino Nacar Fuster y Alberto Colunga Cueto, O.P., revisión del texto por una comisión de escrituristas presidida por Maximiliano García Cordero, O.P., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993, Antiguo Testamento, Tobías, 9,5, p. 580.

⁴²⁸ *Sagrada Biblia: Versión directa de las lenguas originales*, Eloino Nacar Fuster y Alberto Colunga Cueto, O.P., revisión del texto por una comisión de escrituristas presidida por Maximiliano García

discutiendo con su padre el salario de su acompañante -el santo ángel Rafael- pues éste último, en palabras de Tobías, “me ha vuelto sano, curó a mi mujer, cobró el dinero -del depósito-, y a tí también te ha curado”⁴²⁹.

En cuarto lugar otro ejemplo interesante, en torno al alcance del concepto del depósito y sus consecuencias, se encuentra en la primera parte titulada “La persecución religiosa de Antíoco” (Mac. 3) del Libro de los *Macabeos* en el cual Seleuco, Rey de Asia, se apropia de los depósitos de dinero de viudas y huérfanas del templo de Nanea. Pues bien, la historia narra la defensa de un sumo sacerdote llamado Onías que defiende la inviolabilidad del templo, en contraposición a la postura del nuevo inspector del templo, con nombre Benjamín, con motivo de la fiscalización del mercado de la ciudad. Por consiguiente, Benjamín, inspector del templo, “hizo saber a Apolonio de Tarso -general de Celesiria y Fenicia- cómo el tesoro de Jerusalén estaba lleno de riquezas indecibles y que la cantidad de dinero que allí había era incalculable”⁴³⁰. A su vez, Apolonio trasladó esta información al Seleuco, Rey de Asia, para darle cuenta de los tesoros referidos y el Rey eligió a Heliodoro, su ministro de Hacienda, con órdenes de apoderarse de las riquezas y de todo el dinero depositado a la vista en este templo. Por consiguiente, el “sumo sacerdote le hizo ver que se trataba de depósitos de viudas y huérfanos y de una cantidad que pertenecía a Hircano, hijo de Tobías, hombre de muy noble condición, contra lo que calumniosamente había denunciado el impío Simón; y que, en fin, la suma de todo el dinero era de cuatrocientos talentos de plata y doscientos de oro, siendo del todo imposible cometer tal injusticia contra los que habían confiado en la santidad del lugar y en la majestad del templo, honrado en toda la tierra. Pero Heliodoro, en virtud de las órdenes del rey, contestó que aquellos tesoros habían de ser necesariamente entregados al tesoro real. Señalado día, se preparó a entrar, dispuesto a apoderarse de

Cordero, O.P., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993, Antiguo Testamento, Tobías, 10,8-11, pp. 580-581.

⁴²⁹ *Sagrada Biblia: Versión directa de las lenguas originales*, Eloino Nacar Fuster y Alberto Colunga Cueto, O.P., revisión del texto por una comisión de escrituristas presidida por Maximiliano García Cordero, O.P., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993, Antiguo Testamento, Tobías, 12,1-3, pp. 581-582.

⁴³⁰ *Sagrada Biblia: Versión directa de las lenguas originales*, Eloino Nacar Fuster y Alberto Colunga Cueto, O.P., revisión del texto por una comisión de escrituristas presidida por Maximiliano García Cordero, O.P., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993, Antiguo Testamento, Macabeos, 3,6, p. 658.

tales riquezas, lo que produjo no pequeña conmoción en toda la ciudad. *Los sacerdotes, vestidos de sus túnicas sagradas, se arrojaron ante el altar; clamaban al cielo, invocando al que había dado ley sobre los depósitos de que les fueran guardados intactos a quienes los depositaron*⁴³¹ para finalizar posteriormente con las siguientes palabras: “*Todos invocaban al Dios omnipotente, pidiendo que los depósitos fuesen con plena seguridad conservados intactos a los depositantes*”⁴³². En conclusión, el elemento principal de guarda y custodia de todo depósito es consustancial al contrato de depósito y forma parte de su propia naturaleza y lógica jurídica, esto es, la custodia del *tantundem* en interés del depositante y su posible restitución en cualquier momento a petición de éste.

La banca en la Grecia clásica y helenística

La situación económica de Grecia en la época helenística ha sido objeto de debate por grandes historiados como Heichelheim y Rostovtzeff. De acuerdo con Heinchelheim, dicha economía fue muy floreciente hasta la brutal intervención romana (esto ha sido sostenido por otros insignes investigadores: E. Meyer, U. Wilamowitz, K. J. Beloch, U. Kahrstedt), según Rostovtzeff la economía griega se vio minada desde los orígenes por el dirigismo de los reinos helenísticos que habrían obstaculizado la libre iniciativa de la emprendedora burguesía helenística⁴³³. Por su parte, el historiador Luigi Moretti observa una mayor libertad en la vida económica⁴³⁴ en el período helenístico y la difusión universal de la moneda como elemento de cambio (en el reino ptolemaico)

⁴³¹ *Sagrada Biblia: Versión directa de las lenguas originales*, Eloino Nacar Fuster y Alberto Colunga Cueto, O.P., revisión del texto por una comisión de escrituristas presidida por Maximiliano García Cordero, O.P., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993, Antiguo Testamento, Macabeos, 3,10-15, pp. 658-659, (las cursivas son mías).

⁴³² *Sagrada Biblia: Versión directa de las lenguas originales*, Eloino Nacar Fuster y Alberto Colunga Cueto, O.P., revisión del texto por una comisión de escrituristas presidida por Maximiliano García Cordero, O.P., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993, Antiguo Testamento, Macabeos, 3,22, p. 659, (las cursivas son mías).

⁴³³ Luigi Moretti, “La economía helenística” en *Historia y Civilización de los Griegos*, Icaria Editorial, Barcelona, 1983, cap. I, p. 12.

⁴³⁴ No se puede obviar la dificultad de calcular el nivel de vida y renta media del que trabajaba. De todos modos, hay que tener en cuenta que entre mediados del siglo III e inicios del II la paga de un preceptor era de 1-2 dracmas al día y la de un mercenario (cuando “trabajaba”) era más o menos la misma. Obviamente, la paga de un obrero era más baja. Se ha calculado que la renta media de una familia de 3-4 personas cuyo jefe hubiera tenido la suerte de conseguir un trabajo tendría que ser de alrededor de un dracma diario para alcanzar un nivel de vida “humano”. Luigi Moretti, “La economía helenística” en *Historia y Civilización de los Griegos*, Icaria Editorial, Barcelona, 1983, cap. I, p. 15

tiene como consecuencia la importancia cada vez mayor que asumen las bancas privadas y públicas, y la formación de grandes capitales en manos de banqueros y comerciantes⁴³⁵. La práctica económica y financiera de la época estaba influida por una rígida planificación central pues la decisión de la producción anual de cuánto debía cultivarse en la tierra real era decidido por las oficinas centrales de Alejandría directamente (es decir, el *dioketés*), en cuya dirección debían participar los magistrados y funcionarios locales y campesinos. En el sistema bancario griego, los templos también pagaban su canon al soberano y éste restituía lo necesario para su funcionamiento. De todos modos, hay que excluir la posibilidad de que retornara a los templos más dinero del que éstos proporcionaban a las arcas del Estado⁴³⁶. El préstamo era el recurso extremo⁴³⁷. Se podía pedir a particulares (banqueros o no, ciudadanos extranjeros), a otras ciudades o incluso a los templos, cuya función banquera era bien conocida⁴³⁸. La banca privada tuvo un papel muy importante en una ciudad griega (Corinto o Atenas) a finales del siglo V si bien Atenas alcanzó un desarrollo económico considerable mediante peregrinajes religiosos que acogían a numerosos forasteros pero sobre todo por los grandes cambios comerciales durante el siglo IV. En este período histórico se comprueba la existencia de bancas privadas en otras seis ciudades: Corinto, Sición, Epidauro, Tebas, Tespias y Delfos; en las islas de Delos, Tenos, Samos, Cos y Rodas; en las ciudades de Siracusa y Regio; finalmente, en Asia Menor, particularmente en Cízico, Éfeso, Mileto, Halicarnaso y Dura Europos⁴³⁹.

La actividad bancaria nació por el continuo cambio de las monedas y los clientes principales de los bancos eran los *émporoi* y los comerciantes. Por un lado, los *émporoi* disfrutaban no sólo de un servicio de cambio de monedas sino que podían efectuar tanto depósitos regulares (p.e., vasijas de plata) como irregulares (sumas de dinero) también.

⁴³⁵ Luigi Moretti, “La economía helenística” en *Historia y Civilización de los Griegos*, Icaria Editorial, Barcelona, 1983, cap. I, p. 13.

⁴³⁶ Luigi Moretti, “La economía helenística” en *Historia y Civilización de los Griegos*, Icaria Editorial, Barcelona, 1983, cap. I, p. 20

⁴³⁷ Véase un resumen de las diferentes formas de préstamos en en Sitta von Reden, *Money in classical antiquity*, Cambridge University Press, 2010, cap. 4, pp. 98-102

⁴³⁸ Luigi Moretti, “La economía helenística” en *Historia y Civilización de los Griegos*, Icaria Editorial, Barcelona, 1983, cap. I, p. 63.

⁴³⁹ Raymond Bogaert, “El comercio internacional y la banca” en *Historia y Civilización de los Griegos*, Icaria Editorial, Barcelona, 1983, cap. I, p. 81

Y, por otro lado, los comerciantes tuvieron la necesidad de confiar y depositar su dinero en los banqueros por sus continuos viajes debido a que además no disponían de lugares seguros en donde poner a salvo sus bienes (depósitos de custodia) o por la imposibilidad realizar los pagos necesarios con cargo a los depósitos (depósitos de pagos)⁴⁴⁰ en aquellas ciudades en las cuales se establecían. Los banqueros llegaron a ser grandes expertos en el cambio de monedas⁴⁴¹ y aprendieron a cerciorarse de cuáles eran las monedas apropiadas gracias al volumen tan grande de operaciones de pagos o cobros realizados. Las relaciones entre comerciantes y banqueros fueron destacables a través de la existencia de algunas inscripciones honorarias destinadas a banqueros de la isla de Delos⁴⁴² durante la época helenística. Por su parte, las bancas helenísticas tuvieron un papel inferior en el financiamiento del comercio; muchos de ellos prestaron dinero en operaciones comerciales⁴⁴³ y se trataban de capitalistas que operaban con capitales propios en gran medida. En este sentido, el comercio marítimo fue costado por el préstamo al intercambio marítimo⁴⁴⁴ en una gran proporción en el cual todos los riesgos eran pagados por los capitalistas. No hay indicios para suponer que algunos banqueros

⁴⁴⁰ Raymond Bogaert, “El comercio internacional y la banca” en *Historia y Civilización de los Griegos*, Icaria Editorial, Barcelona, 1983, cap. I, pp. 81 y 82.

⁴⁴¹ Sitta von Reden explica que “They [bankers] exchanged and tested coins for a fee, took money, valuables and legal documents in deposit, and discharged from, as well as accepting payments to, monetary deposits”, Sitta von Reden, *Money in classical antiquity*, Cambridge University Press, 2010, cap. 4, p. 114.

⁴⁴² El período de mayor actividad de la isla (166-88 a.C.) presenció, por ejemplo, una iniciativa de los poseidoniastas de Berito, comerciantes y expedicionarios fenicios establecidos en la isla la cual honraba al banquero M. Minatius (pocos después del 153-152) puesto que se había hecho cargo de gran parte de los intereses que la asociación debía pagar por diversos préstamos y había reunido el capital necesario para el cumplimiento del *óikos* de la asociación, además de donar 7.000 dracmas e invitar a todos los miembros a un banquete. Tanta generosidad hace suponer que los poseidoniastas eran buenos clientes de su banca. Por otro lado, los itálicos (existían muchos traficantes itálicos en la isla) constituyen una estatua al banquero Filóstrato, oriundo de Ascalón en Siria y ciudadano de Neápolis. Algunas asociaciones de comerciantes griegos e itálicos residentes en Delos dedicaron tres estatuas al banquero Mariaos Gerillanos, y otra al banquero L. Aufidius. Estos ejemplos demuestran que la mayoría de los banqueros delios eran de origen itálico al igual que la mayoría de los negociantes. No es por tanto sorprendente que estos banqueros ofrecieran una estatua al *agorá* de los itálicos. Igualmente los banqueros de Rodas (siglos III y II a.C.) tuvieron una gran importancia respecto al comercio internacional de la isla aunque las inscripciones muestran indicaciones indirectas sobre la existencia de las bancas y sobre sus operaciones, Raymond Bogaert, “El comercio internacional y la banca” en *Historia y Civilización de los Griegos*, Icaria Editorial, Barcelona, 1983, cap. I, p. 82.

⁴⁴³ Este es el caso de Mnesalco, hijo de Telesarquides de Delos, Atenodoro, hijo de Piságoras de Rodas, Eutico, hijo de Filotas de Quíos y residente de Delos, Raymond Bogaert, “El comercio internacional y la banca” en *Historia y Civilización de los Griegos*, Icaria Editorial, Barcelona, 1983, cap. I, p. 82.

⁴⁴⁴ Sitta von Reden apunta que “the largest maritime loan known from Athens in the fourth century BC is 4,900 drachmas. The largest maritime loan attested in Roman Alexandria in the second century AD was equivalent to 1.75 million Attic drachmas”, *Money in classical antiquity*, Cambridge University Press, 2010, cap. 4, p. 92.

expusieran los fondos bancarios y depósitos de sus clientes en operaciones tan arriesgadas en los períodos clásicos y helenísticos. Incluso, Sitta von Reden parece indicar que la concesión de préstamos por parte de los bancos de la época clásica no fue con cargo a depósitos sino que “They [Ancient bankers] extended and mediated loans, most likely by means of money they borrowed themselves”⁴⁴⁵. Su función consistía en la intermediación para la estipulación y custodia de los contratos marítimos y para realizar los pagos correspondientes según las órdenes de los clientes si bien nunca cumplían el rol de capitalistas⁴⁴⁶.

El negocio bancario se desarrolló de forma importante en la época helenística dado que las órdenes de pago se formalizaban al banquero oralmente a través del titular de la cuenta o por un dependiente suyo en el siglo IV a. C. Posteriormente, se materializa la orden de pago por escrito (*diagráphein*) para los pagos en moneda en el siglo II a.C., incluso sin la intervención de la banca⁴⁴⁷. Otra técnica bancaria en la banca helenística es el giro cuya operación financiera está poco documentada y tuvo un uso muy limitado. Igualmente, el cheque fue instrumento de pago al acreedor conocido en Egipto a partir del siglo I a.C. Según Raymond Bogaert la antigüedad conoció dos tipos de bancas públicas⁴⁴⁸ en la que instauraron el monopolio del cambio que era vendido o arrendado al mejor postor en algunos estados y ciudades, sin existir fuera de Egipto excepto en la época clásica y posteriormente romana. Los extranjeros que llegaban a Alejandría venían obligados a cambiar las monedas traídas debido a las nuevas acuñaciones del rey que permitió grandes beneficios a la banca “central” de Alejandría mediante sucursales en los *nomói*, en las *merídes*, en los *tópoi* y en las *kómai*⁴⁴⁹. La banca “central” de Alejandría concedía préstamos, tenía cuentas para los pagos de particulares y aceptaba

⁴⁴⁵ Sitta von Reden, *Money in classical antiquity*, Cambridge University Press, 2010, cap. 4, pp. 114-115. A diferencia de Raymond Bogaert, la historiadora Sitta von Reden señala sorprendentemente que muchos banqueros violaron la custodia del *tantundem* del depósito ya que “Possibly, bankers were authorized to make loans from any deposit entrusted to them. But more likely, they lend out only those for which they paid interest themselves. In other words, bankers enjoyed no advantage over other creditors who used their own wealth to advance loans”, Sitta von Reden, *Money in classical antiquity*, Cambridge University Press, 2010, cap. 4, p. 115, (las cursivas son mías).

⁴⁴⁶ Raymond Bogaert, “Chronique d’Egypte” 40, 1965, pp. 140-144.

⁴⁴⁷ Raymond Bogaert, “El comercio internacional y la banca” en *Historia y Civilización de los Griegos*, Icaria Editorial, Barcelona, 1983, cap. I, p. 87.

⁴⁴⁸ Raymond Bogaert, “Chronique d’Egypte” 33, 1958, pp. 243-255.

⁴⁴⁹ Raymond Bogaert, “El comercio internacional y la banca” en *Historia y Civilización de los Griegos*, Icaria Editorial, Barcelona, 1983, cap. I, p. 88

depósitos procedentes del rey cuyas arcas reales recogían todas las sumas dinerarias debidas al soberano en forma de impuestos, tasas, adquisiciones y arriendos⁴⁵⁰. La parte de los depósitos permanecidos en cajas, tanto reales como particulares, eran utilizados para la concesión de préstamos al interés legal del 24% posiblemente⁴⁵¹. Se instituyó otro tipo de banca pública, la banca del estado (*demosía trápeza*)⁴⁵² cuyas instituciones fueron creadas por los poderes públicos conforme al modelo de las bancas privadas, con el objetivo de facilitar los pagos de la ciudad⁴⁵³. Este tipo de banca del estado fue creada a finales del siglo IV fuera de Egipto en la época helenística y, más concretamente, se hallaba tanto en Atenas como en Abdera (hacia el 166 a.C.), islas de Delos, Tenos y Cos (siglo II-I a.C.); en menor medida en Samos, Rodas; también en Ilio, Temnos, Mileto (siglos III-I a.C.) y muy posiblemente en Lámpsaco⁴⁵⁴. Raymond Bogaert afirma que este tipo de banca del estado no aceptaba depósitos privados puesto que su negocio principal era la facilitación de pagos y no la concesión de créditos. Las funciones de este tipo de banca eran la concesión de préstamos a los particulares cuyos fondos provenían del capital de la fundación, cobraban préstamos públicos, rentas del estado y realizaba todas las operaciones bancarias para el estado. Los directores de las bancas públicas eran magistrados de alto grado, elegidos por un año (Atenas, Delos) o por seis meses (Tenos), o un colegio directivo elegido por un año (Ilio, Lámpsaco, Mileto y Temnos, donde había cuatro banqueros).

Las operaciones bancarias de los templos fueron mucho menos importantes en la época helenística que en la época clásica pues las “bancas sagradas” -los templos- tuvieron un mayor esplendor y actividad en esta última. Las funciones bancarias de estos templos

⁴⁵⁰ “Banks in Egypt were royal institutions that had the primary function of collecting taxes, royal rents and fines, as well as providing money for administrative and military purposes”, Sitta von Reden, *Money in classical antiquity*, Cambridge University Press, 2010, cap. 4, p. 117.

⁴⁵¹ Raymond Bogaert, “El comercio internacional y la banca” en *Historia y Civilización de los Griegos*, Icaria Editorial, Barcelona, 1983, cap. I, p. 88

⁴⁵² Jean Andreu explica que “there were also public banks, *demosiai trapezai*, which were the heirs to the royal banks. These public banks had no equivalent in the Graeco-Roman world, for they were State institutions, responsible for the payment and collection of sums due from the State or to the State, and they played a fiscal role”, Jean Andreu, *Banking and business in the Roman world*, Cambridge University Press, 1999, cap. 3, p. 32.

⁴⁵³ Los magistrados que gestionaban los fondos públicos o sociales abrían cuentas en las bancas privadas, pero en ellas el dinero de una ciudad o de un templo corría los riesgos inherentes en toda institución bancaria.

⁴⁵⁴ Raymond Bogaert, “El comercio internacional y la banca” en *Historia y Civilización de los Griegos*, Icaria Editorial, Barcelona, 1983, cap. I, p. 88

fueron la custodia de depósito, concesión de préstamos a las ciudades o particulares, emisión o cambio de monedas ya desde la época clásica. El historiador Raymond Bogaert afirma que tales templos no eran auténticas bancas (a pesar de su denominación como “bancas sagradas”) porque los depósitos confiados eran siempre depósitos regulares (plata, objetos preciosos, documentos): el templo tenía la custodia pero no podía disponer de ellos. Los santuarios eran considerados lugares seguros gracias a su sólida construcción, cámaras de seguridad, servicios de vigilancia y por su estatuto de inviolabilidad⁴⁵⁵. Previamente, en la época helenística, hay testimonios de depósitos de plata en Éfeso, donde el Artemisio era el templo más prestigioso de la antigüedad para la custodia de los depósitos y también los templos de Priene, Cauno, Delos, Tera, Salamina de Chipre. Sin embargo, los préstamos públicos o privados concedidos por los administradores de los bienes sagrados provenían de sus rentas o, eventualmente, de los capitales de su fundación, pero nunca de los depósitos⁴⁵⁶. Hay constancia de préstamos concedidos a tipos de intereses bajos (6%, 6,66% y 10%) ya que los templos operaban con capitales propios y no realizaban préstamos sino bajo hipoteca. Los préstamos sagrados concedidos por los templos eran minúsculos y de importes insignificantes debido a la no existencia de bienes inmuebles en propiedad y a la dificultad administrativa de la concesión de un préstamo “sagrado” ya que requería un decreto del pueblo que era costoso y largo en el tiempo. Se conocen la concesión de préstamos por los santuarios de Delfos, Eta, Delos (la institución más importante de préstamos sagrados de la antigüedad), Egialis (Amorgos), Disto (Eubea) y en Cos; en Asia Menor, hay testimonios de préstamos concedidos por los templos de Ilio, Sardes, Efeso, Priene y Olimo al igual que algunos santuarios del Egipto ptolemaico y el templo de Zeus Olímpico, en Locros (Magna Grecia). Finalmente, la relación entre los templos -bancos sagrados- y la bancas, públicas y privadas, fue más de colaboración que de competencia de modo que, por ejemplo, los *ieropi* tenían cuentas en una decena de instituciones

⁴⁵⁵ Raymond Bogaert, “El comercio internacional y la banca” en *Historia y Civilización de los Griegos*, Icaria Editorial, Barcelona, 1983, cap. I, p. 88-89.

⁴⁵⁶ Sitta von Reden afirma que “within the total corpus of public and private loans known from the classical and Hellenistic period temple loans are rare. No Greek sanctuary functioned as a bank, *although some temples in the Eastern Aegean, probably under the influence of their eastern neighbours, took the money of individuals on deposit*”, Sitta von Reden, *Money in classical antiquity*, Cambridge University Press, 2010, cap. 7, p. 170, (las cursivas son mías).

bancarias durante la época de la independencia en Delos si bien, más tarde, durante la dominación ateniense, operaban con la banca del estado⁴⁵⁷.

Testimonios, fragmentos y discursos de pensadores griegos en torno al concepto de depósito.

La máxima de Pitaco de Mitilene respecto a la figura del depósito

Diógenes Laercio⁴⁵⁸ -del siglo III d.C.- escribió la única exposición sistemática e íntegra recibida de la historia de la filosofía del mundo antiguo. Esta recopilación de datos y documentos acumula un sin fin de noticias, recuerdos y hechos notables de su época. En efecto, Diógenes Laercio comenta las máximas, frases o sentencias diversas pronunciadas por Pítaco de Mitilene -fue uno de los siete sabios de Grecia- en su libro primero “Proemio. Los sabios” en la obra *Vida y opiniones de los filósofos más ilustres*. Este sabio de Grecia menciona una de las sentencias dictadas por Pitaco de Mitilene que reza del siguiente modo: “*Vuelve a su dueño lo que recibieres en depósito*”⁴⁵⁹. Como se puede analizar, la máxima de Pítaco de Mitilene subraya una de las principales obligaciones del depositario en el contrato jurídico del depósito, esto es, restituir el contenido o el *tantundem* a petición del depositante en el momento preciso que sea pedido.

Platón y el concepto de depósito

Una prueba interesante y algo primigenia acerca de la noción del concepto de depósito está recogida en el Libro I -especialmente en los apartados V, VI y VII- de *La*

⁴⁵⁷ Raymond Bogaert, “El comercio internacional y la banca” en *Historia y Civilización de los Griegos*, Icaria Editorial, Barcelona, 1983, cap. I, p. 90

⁴⁵⁸ Para ver una biografía más detallada del autor, véase *Los siete sabios de Grecia: vidas, enseñanzas y leyendas*, traducción castellana de Lara Cortés Fernández, Editorial Crítica, Barcelona, 2012, cap. I, pp. 50-51.

⁴⁵⁹ Véase el libro *Los diez libros de Diógenes Laercio sobre las vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres*, traducidos de la lengua griega e ilustrados con algunas notas por D. Josef Ortiz y Sanz, Madrid, tomo I, Imprenta Real, 1792, pp. 46. De igual modo se puede ver la diferente interpretación realizada por Luis-Andrés Bredlow que traduce como “Si has recibido fianza, devuélvela”, Diógenes Laercio, *Vida y opiniones de los filósofos más ilustres*, Editorial Lucina, Zamora, 2010, libro primero, pp. 52-53, (las cursivas son mías).

República de Platón. El contenido del primer Libro de esta obra trata sobre el análisis del concepto de la justicia entre los cuatro personajes principales de la escena: Céfalo, Polemarco, Trasímaco y el propio Sócrates. Aunque las conclusiones realizadas sobre el concepto de justicia son muy peligrosas y arriesgadas en un principio, el diálogo tiene su interés por cuanto aporta una noción rudimentaria *sobre el contrato de depósito de la época*. Así, pues, el diálogo se inicia mediante una conversación inicial entre Céfalo y Sócrates sobre la justicia de devolver lo que se haya recibido en forma de depósito previamente. Acto seguido, el primer personaje -Céfalo- abandona la conversación y cede el espacio a Polemarco para que éste continúe el diálogo con Sócrates. El diálogo interesante a citar⁴⁶⁰ es el siguiente:

- Sócrates: -Dí, pues -requerí yo-, tú que has heredado la discusión, ¿qué es eso que dijo Simónides, acertadamente a tu ver, acerca de la justicia?
- Polemarco: -Que es justo - repuso él- dar a cada uno lo que se le debe, y al decir esto, me parece a mí que habló bien.
- Sócrates: -De cierto -dije yo-, no es fácil negar crédito a Simónides, pues es hombre sabio e inspirado, pero lo que con ello quiera significar, quizá tú, Polemarco, lo sepas; yo, por mi parte, lo ignoro. Claro está, sin embargo, que no se refiere a aquello que hace poco decíamos de devolver a uno el depósito hecho⁴⁶¹ si lo pide sin estar en su juicio. Y en verdad, lo depositado es en alguna manera debido; ¿no es así?
- Polemarco: -Sí.
- Sócrates: -Pero de ningún modo se ha de devolver cuando lo pida alguien que esté fuera de juicio.
- Polemarco: -Ciertamente -dijo él.
- Sócrates: -Así, pues, a lo que parece, Simónides quiso significar cosa distinta de esto al decir que es justo devolver lo que se debe.

⁴⁶⁰ Platón, *La República*, introducción de Manuel Fernández-Galiano, Alianza Editorial, Madrid, 1988, Libro I, Apartados V, VI, VI, pp. 62-68 y especialmente las páginas 64, 65, y 68.

⁴⁶¹ Por las condiciones de la vida antigua, el contrato de depósito era una actividad mucho más frecuente que la moderna. Ello ha dejado rastros varios en la comedia y en muchos tratadistas de moral y de derecho.

- Polemarco: -Otra cosa, por Zeus -dijo-; pues su idea es que los amigos deben hacer bien a los amigos, pero nunca mal.
- Sócrates: -Lo creo -dije yo-, porque no da lo que debe aquel que devuelve su oro al depositante si resulta nocivo devolverlo y el tomarlo y son amigos el que devuelve y el que toma ¿No es eso lo que, según tú, quiere decir Simónides?
- Polemarco: -Exactamente.
- Sócrates: -¿Y qué? ¿A los enemigos se les ha de devolver lo que se les debe?
- Polemarco: -Sin duda, en absoluto, lo que se les debe -respondió-; y según pienso, débese por el enemigo al enemigo lo que es apropiado: algún mal.

Más tarde, durante un extenso y largo diálogo socrático desarrollado en el apartado VII del Libro I, Polemarco y Sócrates efectúan alguna referencia más *al contrato de depósito* mediante las siguientes breves consideraciones:

- Sócrates: ¿Cuándo, pues, será el justo más útil que los demás? ¿A qué uso en común del oro o de la plata?
- Polemarco: Cuando se trate de depositarlo y conservarlo, ¡oh, Sócrates!
- Sócrates: ¿Que es decir cuando no haya que utilizarlo, sino tenerlo quieto?
- Polemarco: Exacto.
- Sócrates: Así, pues ¿cuándo el dinero queda sin utilidad, entonces es útil la justicia en él?
- Polemarco: Eso parece.

Otra vez el diálogo mostrado por Sócrates apunta *el elemento principal del contrato de depósito que no es sino la guarda y custodia del tantundem en interés del depositante* por lo que, en última instancia, exige *no utilizarlo* en provecho propio o ajeno.

Lisias y el litigio contra Califonte

Una fuente documental disponible que puede dar otro dato en torno al concepto de depósito de esta época se halla incluida en uno de los testimonios y fragmentos del orador ático *Lisias* que expone el caso de un litigio sobre un depósito así como también

la relevancia o no de aportar testigos familiares como prueba en el proceso judicial. Por consiguiente, el juicio tiene por objeto un depósito: una parte sostiene no haber recobrado nada de lo que entregó, mientras la otra afirma que devolvió todo. El que hace la reclamación presenta testigos ajenos y el otro le dice que, para cumplir con su obligación, debería presentar testigos familiares, ya que semejantes negocios no suelen tener lugar ante extraños, sino ante familiares. En concreto, literalmente dijo así: *si se diera la circunstancia de que el juicio fuera por injurias, malos tratos o algún otro motivo de esa índole, sería lógico que presentarais como testigos a gente de fuera: ahora bien, cuando es por la devolución de un depósito, no deberíais presentar a otros que a los familiares, que necesariamente conocerán los hechos*⁴⁶². Parece ser que el problema de la restitución era una característica propia y esencial del contrato de depósito en la Atenas del siglo IV a. C.

Lisias y el caso contra Diogitón

Otro testimonio interesante existente es el amplio fragmento de un discurso forense - número XXXII- de Lisias, conservado por Dionisio de Halicarnaso. El argumento es el siguiente: Diódoto, uno de los alistados bajo el mando de Trásilo en la guerra del Peloponeso, cuando iba a hacerse a la mar con dirección a Asia en el arcontado de Glaucipo, como tenía hijos menores de edad otorgó testamento, dejándoles como tutor a su propio hermano Diogitón, tío de los niños y abuelo por línea materna. En efecto, aquél muere en combate en Éfeso por lo que Diogitón, después de haber administrado la totalidad del patrimonio de los huérfanos y haber dado a conocer que, de la inmensa suma de dinero, ya no les quedaba nada, es acusado por uno de los muchachos de mala administración cuando llega a la mayoría de edad. Pronuncia la acusación contra él en el juicio el marido de su nieta, hermana de los muchachos. Normalmente, los tutores disfrutaban de plena libertad para administrar los bienes que tenía encomendados en el Derecho ático, con el objetivo de buscar el bien de sus tutelados si bien muchas veces los tutores caían en la tentación de apropiarse de los citados bienes y la consiguiente

⁴⁶² Lisias, *Discursos (XXVI-XXXV) y Fragmentos*, Texto revisado y traducido por José M. Floristán Imízcoz, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2000, volumen III, cap. *Testimonia et Fragmenta*, pp. 301-302.

indefensión de los intereses de los menores. Dentro los bienes encomendados (testamento, escrituras de préstamos a interés marítimo por valor de siete talentos, cuarenta minas, una deuda a su favor de dos mil dracmas en el Quersoneso, estateras de Cícico) a Diogitón, se hallaban cinco talentos de plata en depósito. La narración es prodigiosa y describe de forma dramática el argumento de una madre enfrentada a su propio padre en defensa de sus hijos. Lisias, en uno de los mejores párrafos de la prosa ática, llega a reproducir la visualización completa que los asistentes a la escena tendrían entre el padre y la hija. La mujer le preguntó a Diogitón qué clase de corazón tenía, que le parecía correcto comportarse así con los niños, “tú, que eres hermano de su padre, padre mío y tío y abuela de ellos. Y si no sentías vergüenza ante nadie”, dijo, “deberías haber temido a los dioses, tú que, cuando aquél se hizo a la mar, recibiste de él cinco talentos en depósito. Y estoy dispuesta a jurarlo por mi hijos, éstos y los que tuve luego, donde éste diga: que, de verdad no soy tan desgraciada ni tanto aprecio el dinero como para dejar esta vida después de haber cometido perjurio por mis propios hijos y como para quitar injustamente a mi padre su patrimonio” y afirma posteriormente “Y a éstos, que son tus nietos, te ha parecido bien echarlos de su propia casa vestidos con harapos, descalzos, sin sirviente, sin ropa de cama ni vestimenta, sin los muebles que su padre les dejó *ni el dinero que te dejó en depósito*”⁴⁶³. Al final se presentan las cuantiosas y grandes cuentas abultadas de Diogitón (tanto por la apropiación de los cinco talentos de plata en depósito como el resto de los bienes encomendados), caracterizado éste por su tremendo egoísmo, gran ruindad y excesiva cicatería en comparación con la mujer defensora de los intereses de sus hijos.

Isócrates y el asunto contra Eutino

A través de muchos de los fragmentos conservados, se puede visualizar cuáles fueron las prácticas y usos bancarios de las gentes en el siglo IV antes de nuestra era. Así, por ejemplo, el presente discurso⁴⁶⁴ es una acusación privada en el que Isócrates representa

⁴⁶³ Lisias, *Discursos (XXVI-XXXV) y Fragmentos*, Texto revisado y traducido por José M. Floristán Imízcoz, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2000, volumen III, Discurso número XXXII Contra Diogitón, pp. 130-145 y especialmente las páginas 133-139, (las cursivas son mías).

⁴⁶⁴ Su fecha puede situarse poco después del restablecimiento de la democracia (403 a. C.), lo que hace que sea cronológicamente la obra más antigua conservada por Isócrates. La obra utilizada es Isócrates,

a un depositante llamado Nicias -perseguido político por sus enemigos durante el gobierno de los Treinta⁴⁶⁵- el cual interpone una demanda contra un pariente suyo denominado Eutino, un banquero. Parece ser que este pariente con nombre Eutino recibió tres talentos en forma de depósito por parte de Nicias para que se los restituyera en el momento en que Nicias considerara oportuno. El banquero se aprovechó de la delicada situación política en que se encontraba Nicias y teniendo pleno conocimiento de que no había testigos del contrato jurídico realizado, Eutino se limitó a devolver dos talentos y quedarse con uno. Nicias prefirió guardar silencio, pero cuando cambia la situación política con la restauración de la democracia, demanda a Eutino. El orador es un amigo de Nicias que habla en su nombre, y el proceso ofrece la dificultad de que no hay testigos, circunstancia anormal, ya que sólo los depósitos en casa de la banca se hacen sin testigos por lo que habrá que convencer a los jueces mediante razonamientos solamente. Este discurso realizado por Isócrates es deuterológico⁴⁶⁶, ya que el primer discurso lo ha pronunciado Eutino, y según parece, fue compuesto por Lisias. El testimonio conservado *Contra Eutino* (XXI) de Isócrates revela las costumbres de la actividad bancaria de aquel período histórico. El hecho de que el depositante, aunque guardara silencio, demandara a la otra parte por los valores o el dinero dado en depósito, y éste restituyera sólo una parte de ellos, por supuesto no suponía su consentimiento implícito de que fuera privado de una tercera parte de lo depositado. Por tanto, muchos depositarios -en especial los banqueros- se aprovechaban y siguen aprovechando el poder del ejercicio de su profesión que tienen en la sociedad ya que los bienes recibidos en depósito no requerían testigos, eran operaciones a buena fe sabida y cometían fraude “pues está claro que todos los que delinquen lo hacen por ganar algo. Los defraudadores consiguen aquello que les lleva a defraudar, pero los que reclaman ni siquiera saben si van a recuperarlo”⁴⁶⁷. El proceder de muchos depositarios (y banqueros) de hace dos

Discursos, Editorial Gredos, Madrid, 1979, tomo I, *Contra Eutino* (XXI), pp. 65-70. Agradezco al profesor Elisur Arteaga Nava su artículo “El derecho griego. Algunos tópicos y términos”, *Alegatos*, México, nº 50 enero-abril, pp. 145-160.

⁴⁶⁵ A finales de abril del año 404 a. C., Atenas pierde la guerra del Peloponeso; con la ayuda de los espartanos (que mantienen en la Acrópolis una guarnición de 700 hombres), los oligarcas cambian la constitución, nombrando una comisión de treinta ciudadanos para que elaboren otra de acuerdo con principios aristocráticos; fue una época de arreglo de cuentas y de terror; por ejemplo, los testimonios de contemporáneos como Jenofonte en *Helénicas*, Platón en su célebre *Carta VII*, Lisias en *Contra Ertóstenes* o lo que nos dice Aristóteles en la *Constitución de Atenas*.

⁴⁶⁶ Esto es, segundo discurso o discurso de respuesta.

⁴⁶⁷ Isócrates, *Discursos*, Editorial Gredos, Madrid, 1979, tomo I, *Contra Eutino* (XXI), p. 67

mil quinientos años al apropiarse de los bienes o dinero que ha sido confiado de buena fe no difiere en nada a la práctica actual bancaria puesto que Isócrates apunta correctamente que “Eutino no fue el único ni el primero en obrar así. Debéis considerar que si, dais por buenos a los que razonan de este modo, estableceréis una ley sobre cómo se debe hacer un fraude; y de esta forma, en el futuro, devolverán una parte y se quedarán con el resto. Pues les vendrá bien si piensan que, al utilizar como prueba lo que devuelvan, no sufrirán castigo por lo que roben”⁴⁶⁸.

Herodoto y el caso del depósito de dinero de Leotíquidas

Herodoto narra un relato en el apartado LXXXV-LXXXVII de su libro VI a causa del incumplimiento de la restitución de un depósito en el que los eginetas reclaman sus rehenes, entregados a Atenas. Leotíquidas, para convencerlos, aprovecha la ocasión y narra a los atenienses la historia de Glauco acerca de su mal proceder por no reintegrar en relación a un depósito de dinero sucedido en Esparta. La historia comienza describiendo lo siguiente: los espartiatas dicen que vivió en Lacedemonia, en la tercera generación anterior a mí (Leotíquidas), Glauco, hijo de Epicides. Este hombre tuvo la mejor fama de honradez entre todos lo que por aquel tiempo habitaban Lacedemonia. Además, en el momento adecuado, le acaeció lo siguiente: que un hombre, llegado a Esparta, quiso entrar en conversaciones con él, proponiéndole lo siguiente: “Soy milesio y he venido, Glauco, porque quiero disfrutar de tu honradez. Pues efectivamente, como por toda la restante Hélade, y entre ella, también en Jonia había una gran fama de tu honradez, me di cuenta, por un lado, de que, mientras Jonia está siempre en continuo peligro, el Peloponeso, en cambio, asentado en la seguridad; por otro, es posible darse cuenta de que no siempre tienen riquezas los mismos. Pues bien, al reflexionar y deliberar así, me pareció bien que, tras convertir en dinero la mitad de toda mi hacienda, la depositara ante ti, pues sé perfectamente que, puesta en tu poder, yo la tendré segura. Así pues, acéptame el dinero y, tomados, conserva en lugar seguros estos “símbolos”⁴⁶⁹;

⁴⁶⁸ Isócrates, *Discursos*, Editorial Gredos, Madrid, 1979, tomo I, Contra Eutino (XXI), p. 70.

⁴⁶⁹ Los “símbolos”: las dos partes de un objeto que ajustaban perfectamente y que conservaba cada una de las personas que habían llegado a un acuerdo, para que sirviesen, en el futuro, como instrumento de reconocimiento.

devuélveselo a aquel que, teniéndolos, te lo reclame”⁴⁷⁰. Así, pues, el extranjero llegado de Mileto dijo esto, y Glauco aceptó el depósito en la condición expresada. Transcurrido mucho tiempo, vinieron los hijos de la persona que había depositado el dinero a Esparta y reclamaron el dinero después de haber entrado en conversaciones con Glauco y de haberle mostrado los “símbolos”. Él se negó, contestándole a su vez lo siguiente: “Ni recuerdo el asunto ni me ayuda a reconocerlo nada de lo que vosotros decís, pero quiero, si me acuerdo, obrar de forma totalmente justa y, si efectivamente lo recibí, devolvéroslo íntegramente; pero si en modo alguna lo recibí, recurriré a las leyes de los helenos contra vosotros. Así pues, aplazo daros una respuesta definitiva hasta el cuarto mes a partir de este momento”⁴⁷¹. Entonces los milesios, considerándolo una desgracia, se marcharon con la idea de verse privados del dinero, y Glauco se encaminó a Delfos para consultar el oráculo. Y al preguntar al oráculo si se llevaría como botín el dinero con un juramento, la Pitia se dirige a él con estos versos:

“Glauco, hijo de Epicides, de momento es una ganancia así, con un juramento, vencer y llevarse como botín dinero. Jura, ya que ciertamente la muerte aguarda también al que jura con verdad. Pero el hijo de Horco⁴⁷² está desprovisto de nombre y no tiene manos ni pies, pero rápido persigue hasta que hace perecer, después de atraparlo, a todo el linaje y a toda la casa. En cambio, el linaje del que jura verdad, mejor en el futuro”⁴⁷³.

Después de haber escuchado esto Glauco, pidió al dios obtener perdón por lo dicho. Pero la Pitia le dijo que el mismo valor tenía tentar al dios que haberlo hecho. Entonces Glauco, habiendo hecho venir a los extranjeros milesios, les devuelve el dinero. Y Por qué empecé, oh atenienses, a contaros este relato, lo voy a decir: “de Glauco actualmente no hay descendiente alguno, ni ningún hogar que se considere de Glauco: ha sido exterminado de raíz de Esparta. Así pues, es bueno no pensar ninguna otra cosa,

⁴⁷⁰ Heródoto, *Historias Libros V-IX*, edición de Antonio González Caballo, Ediciones Akal, Madrid, 1994, libro VI, pp. 588-589.

⁴⁷¹ Heródoto, *Historias Libros V-IX*, edición de Antonio González Caballo, Ediciones Akal, Madrid, 1994, libro VI, p. 589.

⁴⁷² Hijo de Éride, es la personificación del juramento.

⁴⁷³ Heródoto, *Historias Libros V-IX*, edición de Antonio González Caballo, Ediciones Akal, Madrid, 1994, libro VI, p. 590.

acerca de un depósito, más que en devolverlo si lo reclaman”⁴⁷⁴. Leotíquidas, después de haber dicho esto, como ni aún así le hacían caso los atenienses, se marchó.

Isócrates: sobre un asunto bancario

Otro importante documento fehaciente que muestra la actividad fraudulenta realizada por algunos banqueros griegos está recogido en la *Trapezítica*, escrita en torno al año 393 a. C. por el conocido filósofo griego Isócrates. Este documento es un discurso que trata sobre la actividad bancaria en Atenas y el conflicto sobre un depósito de dinero confiado a un banquero. El demandante es un joven, hijo de un valido de Sátiro, rey del Bósforo, que acusa a Pasión⁴⁷⁵, banquero de Atenas, por la no restitución del citado depósito de dinero. Pasión había sido esclavo de los banqueros Antístenes y Arquéstrato y, libertado por ellos, les sucedió en los negocios. La banca de Pasión era una de las más conocidas en toda Grecia, y cliente suyo, entre otros, fue el padre de Demóstenes y asimismo consiguió la ciudadanía griega. Por su parte, el demandante está muy relacionado con la corte del rey del Bósforo, Sátiro; aunque no es un ciudadano de Atenas debe haber alcanzado la proxenia⁴⁷⁶, pues él mismo puede hablar en su defensa. A lo largo del discurso efectuado por Isócrates se va relatando las diferentes maniobras que el banquero Pasión pudo hacer para salir vivo y airoso de tal acusación; torturas, sobornos, falsificación de contratos, falsos testimonios, robo, entre otros. Isócrates empieza afirmando que “lo más difícil de todo, jueces, es haber topado con tales adversarios. Porque los tratos con gentes de banca se celebran sin testigos, y tienen por fuerza que arriesgarse los perjudicados ante tales gentes, que tienen muchos amigos, manejan mucho dinero y parecen de confianza por razón de su oficio”⁴⁷⁷. Isócrates describe por qué el demandante contrató los servicios bancarios de Pasión al cual

⁴⁷⁴ Heródoto, *Historias Libros V-IX*, edición de Antonio González Caballo, Ediciones Akal, Madrid, 1994, libro VI, p. 590.

⁴⁷⁵ Véase un conciso resumen sobre la figura del banquero Pasión en Jorge Pérez Ramírez, *Vidas paralelas: la banca y el riesgo a través de la historia*, Marcial Pons-Ediciones de Historia, Madrid, 2011, cap. I, pp. 39-40.

⁴⁷⁶ Título de honor reservado a los griegos o extranjeros que había prestado servicio a una ciudad.

⁴⁷⁷ Isócrates, *Discursos*, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid 1979, vol. I, p. 112. Los banqueros gozaban de gran prestigio, poder e influencia social, política y económica en Atenas para defender sus intereses y privilegios y así continuar ejerciendo un sistema de banca con reserva fraccionaria en contra de los principios generales del derecho en relación al contrato de depósito irregular de dinero.

depositó una cantidad de dinero importante pues según el propio demandante “que lo mejor era entregar el dinero que estuviera a la vista”⁴⁷⁸. Poco después de una serie de acontecimientos, el cliente de Isócrates pretende recuperar su depósito de dinero sin embargo afirma “con estos -Pasión- proyectó quitarme el dinero. Ante mí pretextaba que estaba sin fondos por el momento y que no podía devólvirmelo; pero cuando quiero enterarme bien de la situación y le envió a Filómelo y Menéxeno para reclamar, les niega que tenga nada mío”⁴⁷⁹. En efecto, el banquero Pasión niega la existencia de cualquier depósito de dinero a favor de Isócrates y en el momento en el cual el cliente de Isócrates reclamaba de nuevo el pago del depósito o la deuda existente al banquero Pasión, éste confesaba que “al llegar a la Acrópolis, tras cubrirse la cabeza, lloraba y decía que se había visto forzado a negar mi depósito por dificultades económicas, pero que en breve plazo intentaría devolverme el dinero; me pedía que tuviese compasión de él y mantuviese en secreto su mala situación para que al recibir depósito no quedase en evidencia que había estafado. Pensando yo que estaba arrepentido de lo ocurrido, transigí y le mandé que buscase la manera de que él quedara en buen lugar y yo recuperase lo mío. Tres días después, nos reunimos y mutuamente nos dimos palabra de que lo ocurrido se mantendría en secreto; palabra que él rompió, como sabréis vosotros mismos cuando siga mi discurso: Quedó de acuerdo en navegar conmigo al Ponto y allí devolverme el oro, para que el contrato se rescindiese lo más lejos posible de esta ciudad; así ninguno de los de aquí se enteraría del carácter de la rescisión y, al navegar él de vuelta, podría él decir lo que quisiera”⁴⁸⁰.

Queda demostrado que la banca griega, reflejada en las anteriores pruebas documentales como también en este escrito del propio Isócrates, recibía dinero en guarda y custodia con el deber de mantener a disposición de los depositantes-clientes una idéntica suma a la entregada. Tal y como hemos visto, el uso de tal dinero es fraudulento con la pequeña particularidad de mantener el secreto de todo este tipo de actividades financieras en contra de los principios jurídicos básicos, universales y generales del contrato de

⁴⁷⁸ Isócrates, *Discursos*, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid 1979, vol. I, p. 113. Igualmente la distinción entre dinero a la vista (*phanerà ousía*) e invisible (*aphanês ousía*); en algunos casos, los depósitos bancarios podían ser *phanerà ousía*.

⁴⁷⁹ Isócrates, *Discursos*, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid 1979, vol. I, p. 114.

⁴⁸⁰ Isócrates, *Discursos*, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid 1979, vol. I, p. 117.

depósito irregular de dinero, para seguir garantizando la confianza en los depositantes y poder continuar manteniendo su actividad engañosa *ad calendas graecas*. El propio Isócrates continúa su intervención de defensa de su cliente dirigido a los jueces del caso expresando que “os he demostrado de manera suficiente por los actos de Pasión y también lo habeís oído de lo que lo saben, que yo tenía mucho dinero aquí y que lo tenía depositado en su banca. Me parece, jueces, que resolveréis mejor el caso sobre el que litigamos, si os acordáis de cómo estaban nuestros asuntos en el tiempo en que envié a Menéxeno y Filomelo a reclamar el depósito y Pasión por primera vez se atrevió a negarlo”⁴⁸¹ para declarar posteriormente “Tras esto, al apropiarse de mi depósito, se atrevió a acusarnos de que teníamos seis talentos de su banca ¿Cómo se va a confiar en lo que se hizo a solas con alguien que intenta mentir en asuntos tan evidentes?”⁴⁸². Como vemos, los banqueros griegos operaban bajo *un sistema bancario con reserva fraccionaria* y con la obligación implícita de actuar en secreto si es que no querían verse demandados de retiradas de depósitos de imposible cumplimiento. El cliente Isócrates, debido al carácter secreto de la actividad y la no obligación de presentar testigos, sólo pudo utilizar testimonios indirectos en los cuales afirmaban que el depositante había utilizado y depositado mucho dinero en la banca de Pasión e incluso haber cambiado por oro más de mil estateras. El cliente de Isócrates finaliza con una carta realizada por el propio Sátiro en la cual indica que “así, jueces, aunque son muchos mis derechos, creo que la mayor prueba de que Pasión me quitó el dinero es lo siguiente: que no quiso entregar al esclavo que sabía lo del depósito para que fuese interrogado con tormento. ¿Qué prueba sería más firme que ésta en los tratos con los banqueros? Pues no usamos con ellos testigos”. Si bien no se ha podido saber cuál fue la resolución dictada al final de este proceso judicial sobre el banquero Pasión, se puede concluir esta importante prueba documental sobre los usos bancarios griegos en el cual Sátiro concluye que “pues yo, por mi parte, os pido que, teniendo en la memoria estos hechos, votéis en contra de Pasión; y que no me achaquéis una maldad tan grande, al creer que vine a acusar falsamente a Pasión y a reclamarle falsos depósitos, cuando resulta que vivo en el Ponto y tengo una fortuna tan grande como para poder beneficiar a otros”⁴⁸³.

⁴⁸¹ Isócrates, *Discursos*, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid 1979, vol. I, pp. 123-124.

⁴⁸² Isócrates, *Discursos*, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid 1979, vol. I, p. 125.

⁴⁸³ Isócrates, *Discursos*, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1979, vol. I, pp. 126-127.

Demóstones y la excepción en favor de Formión

En efecto, el banquero Pasión recuperó la confianza de sus conciudadanos muy posiblemente, su casa fue heredada por un antiguo esclavo suyo llamado Formión que siguió con éxito la actividad del primero. En particular, existe un discurso titulado “Excepción en favor de Formión” que ilustra con detalles interesantes la actividad bancaria de la Grecia de entonces. Así, Demóstenes indica que a raíz de la muerte de Pasión, el banquero poseía una “fortuna consistente en tierras de muy superior a los veinte talentos, y además de ésta, el dinero dado en préstamo ascendía a más de cincuenta talentos. En esos cincuenta talentos habían en producción once talentos procedentes de los depósitos del banco”⁴⁸⁴. Si bien no hay prueba materiales si tales depósitos eran a plazo -contratos de préstamos- o a la vista, Demóstenes señala que “si este sujeto hubiese tenido un capital propio en el banco, ¿por qué razón habría preferido aquella más que éste? Pues la rentabilidad no era superior, sino inferior (la una producía un talento, el otro cien minas), ni tampoco la propiedad inmueble era más cómoda si había fondos suyos en el banco. Pero no los había. Por ello precisamente con buen sentido este sujeto eligió la fábrica de escudos, pues la propiedad está sin riesgos, mientras que el comercio conlleva rentas inseguras, procedentes de dinero ajeno”⁴⁸⁵. Demóstenes termina afirmando que la prosperidad económica de Pasión no fue obtenida en virtud de un hallazgo, “ni porque se la hubiera transmitido su padre, sino que gozó de crédito entre sus amos Antístenes y Arquéstrato, que se dedicaban a los negocios bancarios, por haberles dado prueba de que era honesto. ¡Cuán admirable es en el emporio y entre los hombres que trabajan con dinero que la misma persona goce de fama del trabajo y sea honrada⁴⁸⁶! Pues bien, esa cualidad no se la transmitieron a aquél sus amos, sino que fue honesto por naturaleza, ni tampoco a éste tu padre, pues te habría hecho a ti decente antes que a éste, si de él hubiera dependido. Pero si tú no sabes que el crédito es, de todos, el capital más importante de cara a los negocios, puedes ignorarlo

⁴⁸⁴ Demóstenes, *Discursos Privados*, introducciones, traducción y notas de José Manuel Colubi Falcó Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1983, Volumen I, Discurso XXXVI, pp. 161 y 162.

⁴⁸⁵ Demóstenes, *Discursos Privados*, introducciones, traducción y notas de José Manuel Colubi Falcó Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1983, Volumen I, Discurso XXXVI, pp. 163 y 164.

⁴⁸⁶ La honradez de Pasión era tal, que sus libros de contabilidad gozaban de gran crédito ante los tribunales.

ya todo”⁴⁸⁷. Según los testimonios vistos, la actividad bancaria está basada en la seguridad y confianza de los depositantes en los banqueros, garantizando el dinero depositado que se presume estar disponible en cualquier momento y a la vista para los clientes. Tanto es así que Demóstenes aclara que “muchos banqueros sin pagar arrendamiento, sino trabajando por su cuenta, se arruinaron, en tanto que éste, que pagaba arrendamiento, dos talentos y cuarenta minas, os salvó el banco”⁴⁸⁸.

De todos modos, las pruebas documentales citadas previamente y este discurso que Demóstenes narra en defensa de Formión son un claro ejemplo de cómo muchos banqueros no respetaron el derecho del depositante para reclamar el *tantundem* en cualquier momento para después terminar quebrando. Quiebras bancarias y casos diversos fueron aquellos protagonizados por ejemplo; por Aristóloco, hijo de Caridemo; que “antaño tuvo un campo, ahora lo tienen muchos, pues él lo compró debiendo dinero a muchos”⁴⁸⁹; también por Sosínomo, Timodemo y a los demás banqueros “que, cuando fue preciso liquidar con aquellos a quienes debían, todos hicieron cesión de bienes a sus acreedores”⁴⁹⁰. Hay otros discursos disponibles de Demóstenes que dan algunas notas sobre la actividad bancaria griega en los discursos titulados “Contra Olimpodoro, por daños” y “Contra Timoteo, por una deuda”. El primero denominado “Contra Olimpodoro, por daños” desarrolla el caso sobre un depósito de dinero a la vista realizado por el difunto y reclamado por sus herederos tan pronto como falleció para poder desembolsar los gastos del entierro. Así, este discurso menciona que una persona llamada Comón “si algún dinero dejó a la vista Comón en la banca de Heráclides, casi todo ese dinero fue gastado en el entierro, en las otras ceremonias rituales y en la construcción del monumento funerario”⁴⁹¹. Por otro lado, el segundo discurso que lleva como título “Contra Timoteo, por una deuda” en el que Demóstenes expresa que “los

⁴⁸⁷ Demóstenes, *Discursos Privados*, introducciones, traducción y notas de José Manuel Colubi Falcó Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1983, Volumen I, Discurso XXXVI, p. 174.

⁴⁸⁸ Demóstenes, *Discursos Privados*, introducciones, traducción y notas de José Manuel Colubi Falcó Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1983, Volumen I, Discurso XXXVI, pp. 176.

⁴⁸⁹ Demóstenes, *Discursos Privados*, introducciones, traducción y notas de José Manuel Colubi Falcó Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1983, Volumen I, Discurso XXXVI, pp. 176.

⁴⁹⁰ Demóstenes, *Discursos Privados*, introducciones, traducción y notas de José Manuel Colubi Falcó Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1983, Volumen I, Discurso XXXVI, pp. 176.

⁴⁹¹ Demóstenes, *Discursos Privados*, introducciones, traducción y notas de José Manuel Colubi Falcó Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1983, Volumen II, Discurso XLVIII, p. 86.

banqueros tienen por costumbre efectuar asientos de las cantidades que entregan, y con qué fin, y de los depósitos que alguien hace, para que les sean conocidas con vistas a sus balances las cantidades tomadas y depositadas”⁴⁹². Este discurso, pronunciado en el año 362 a. C., es la primera vez que muestra una aportación documental de los asientos contables que realizan los banqueros de los depósitos y retiradas de dinero que hacen sus clientes⁴⁹³ puesto que el testimonio de uno de los hijos de Timoteo apunta que “por otro lado, como este sujeto me hubiera requerido ante el árbitro, pidiese que aportara los libros del banco, exigiese copias y hubiese enviado a Frasiérides a la banca, después de haberlos exhibido ante Frasiérides le permití que inspeccionara los libros y sacara copia de cuanto debía este sujeto”⁴⁹⁴. Incluso, Demóstenes explica cómo funcionaba el contrato de cuenta corriente bancaria por el que “recibían de la banca el dinero aquéllos a quienes él había ordenado entregarlo”⁴⁹⁵ para concluir subrayando su continua vigilancia respecto a las numerosas quiebras bancarias y el descontento producido en la ciudadanía, que “ciertamente, por culpa de estos hombres quiebran bancos, siempre que, hallándose en apuros, solicitan préstamos y creen que por su fama se les ha de conceder crédito, mas, una vez restablecidos económicamente, no pagan, sino que tratan de defraudar”⁴⁹⁶. Este último discurso “Contra Timoteo, por una deuda” hay que situarlo en el contexto debido pues tiene como objeto de la discusión la devolución de un préstamo concedido por un banco si bien podría darse la circunstancia de que Demóstenes alertara del incumplimiento continuo de la obligación de custodia de los depósitos de dinero recibidos a la vista y su utilización en usos particulares y privativos, con la correspondiente desconfianza y retiradas de depósito del público.

⁴⁹² Demóstenes, *Discursos Privados*, introducciones, traducción y notas de José Manuel Colubi Falcó Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1983, Volumen II, Discurso XLIV, p. 102.

⁴⁹³ G.J. Costouros, “Development of Banking and Related Book-Keeping Techniques in Ancient Greece”, *International Journal of Accounting*, 7/2, 1973, pp. 75-81.

⁴⁹⁴ Demóstenes, *Discursos Privados*, introducciones, traducción y notas de José Manuel Colubi Falcó Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1983, Volumen II, Discurso XLIV, p. 112.

⁴⁹⁵ Demóstenes, *Discursos Privados*, introducciones, traducción y notas de José Manuel Colubi Falcó Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1983, Volumen II, Discurso XLIV, p. 119.

⁴⁹⁶ Demóstenes, *Discursos Privados*, introducciones, traducción y notas de José Manuel Colubi Falcó Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1983, volumen II, Discurso XLIV, p. 120.

La banca en Roma

A diferencia de las fuentes, testimonios, fragmentos y discursos forenses de los griegos pensadores mencionados en el anterior epígrafe en relación con la banca griega, la banca en roma ha sido estudiada por muchos estudiosos como Peter Temin⁴⁹⁷, M. Rostovtzeff y otros científicos sociales⁴⁹⁸. *La institución jurídica del contrato de depósito irregular de bienes fungibles o de dinero* tuvo su necesario y posterior desarrollo teórico en el derecho romano⁴⁹⁹ tal y como hemos estudiado en el capítulo I de este trabajo. Así es, se puede confirmar que en Roma los *argentarii* no adquirían la disponibilidad ni propiedad del *tantundem* de los contratos jurídicos de bienes irregulares o de dinero recibidos los cuales tenían el deber de guarda y custodia del objeto depositado con la diligencia de un buen padre de familia, no devengaban intereses así como tampoco podían utilizarse para ser prestados. Por contra, los banqueros aceptaban depósitos a plazo -es decir, contrato de préstamo o mutuo- que devengaban intereses⁵⁰⁰ y los depositantes otorgaban el derecho de propiedad y disponibilidad⁵⁰¹ al banquero-depositario durante el plazo de tiempo prefijado. Uno de

⁴⁹⁷ Peter Temin, "A market economy in the Early Roman Empire" en *Journal of Roman Studies*, 91, 2001, pp. 169-181; Peter Temin, "Price Behavior in Ancient Babylon" en *Explorations in Economic History*. 39:1, 2002, pp. 46-60; Peter Temin, "The Labor Market of the Early Roman Empire" en *Journal of Interdisciplinary History*. 34:4, 2004, pp. 513-38; Peter Temin, "Financial Intermediation in the Early Roman Empire" en *Journal of Economic History*. 64:3, 2004, pp. 705-33; Peter Temin, "Estimating the GDP of the Early Roman Empire" en *Innovazione tecnica e progresso economico nel mondo romano*. Elio LoCascio, editore. Roma: Bari, 2005, cap. 2.

⁴⁹⁸ Véase las siguientes referencias Richard Duncan-Jones, *Money and Government in the Roman Empire*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994; M.I. Finley, *The Ancient Economy*, University of California Press, Berkeley California, 1973; Peter Garnsey y Richard Saller, *The Roman Empire: Economy, Society and Culture*, University of California Press, Berkeley California, 1987; Edward Gibbon, *The Decline and Fall of the Roman Empire*, New York: Modern Library, (1776-1788 [2003]); Martin Goodman, *The Roman World, 44 BC-AD 180*, Routledge, London, 1997.

⁴⁹⁹ Así Roger Orsingher en su obra *Banks of the world* indica que "the body of knowledge inherited from the Greeks had been greatly developed under the influence of the juridical genius of the nation. The distinction between public law and private law, the distinction between the status of persons and the status of things, the institution of strictly personal, perpetual and absolute rights in shared property, the freedom to enter into contracts, these are achievements of Roman law, which will reappear in modern society", Roger Orsingher, *Banks of the world*, Walker and Company, New York, 1967, p. 10.

⁵⁰⁰ Peter Temin subraya la práctica habitual del pago de un interés al depositante y el uso del *tantundem* por parte del depositario: "The essence of a Roman bank, as of a modern commercial bank, was that it accepted deposits, normally interest-bearing, from its clients, made payments from them and lent out their pooled money at interest", Peter Temin, *The Roman market economy*, Princenton University Press, 2013, parte II, cap. 8, p. 179.

⁵⁰¹ Jean Andreu parece suponer que los banqueros no prestaban su propio dinero sino el dinero recibido por los clientes -se entiende en forma de depósito-: "What characterized a bank was the twofold service that it provided: receiving deposits and advancing credit. *The banker lent, not his own money, but at least*

los banqueros más famosos fue *Lucius Caecilius Jucundus* del cual se conservan algunos de sus archivos en el entierro de la ciudad de Pompeya tras la erupción del Vesubio en el año 79 d.C. Este banquero recibía bienes en consignación, daba disposiciones para su venta, pagaba a los comerciantes cuando las mercancías eran vendidas y prestaba dinero a los compradores. Peter Temin⁵⁰² se pregunta: “dado que *Jucundus* no era un comerciante, ¿de dónde sacaba el capital para prestar dinero a los compradores? Una tablilla nos dice que *Jucundus* aceptaba depósitos, y si aceptaba depósitos como los otros *argentarii*, entonces era un banquero”⁵⁰³. Lógicamente, se puede intuir levemente que este banquero llamado *Jucundus* actuaba incumpliendo el principio general del derecho respecto a la obligación de mantener el *tantundem* en el contrato de depósito irregular de dinero, actuando evidentemente con un coeficiente de reserva fraccionaria con los inmensos y correspondientes beneficios⁵⁰⁴.

La violación del *tantundem* en el contrato de depósito irregular de dinero ha sido expresado por Roger Orsingher al expresar que “Bankers were sometimes called *fenoeratores*, which indicates that they were in the habit of lending money at interest; various forms of contract were indeed in use. *It is, moreover, probable that, since deposits at no fixed term were widely used among them, bankers not only speculated with their own money, but that they also put to work moneys entrusted to them*”⁵⁰⁵. Como se ha mencionado previamente, existen pruebas documentales sobre la práctica

some of the money that he had received from his clients”, Jean Andreu, *Banking and business in the Roman world*, Cambridge University Press, 1999, cap. 3, p. 39, (las cursivas son mías).

⁵⁰² Peter Temin, “La economía del alto imperio romano” en *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política*, Vol. VI, n.º 2, Otoño 2009, p. 281.

⁵⁰³ Jean Andreu, *Les Affaires de Monsieur Jucundus*, École Française de Rome, Rome, 1974. En concreto, Jean Andreu confirma en su libro *Banking and business in the Roman world* la violación de la custodia del *tantundem* de los depósitos por parte de Lucius Caecilius Jucundus de la siguiente manera: “A banker would advance loans and these would figure in the deposit accounts. But although several texts testify to the existence of such loans, very few specific cases are known to us outside Egypt. However, the tablets of Lucius Caecilius Jucundus, in Pompeii, record seventeen cases of loans advanced by the banker Jucundus to buyers at auction sales. Virtually all we know about these loans is when their repayments fell due. They were very short-term, just for a few months or at the most a year. *When a banker is lending not his own funds but those of the bank, he has to lend for short periods*. This helps to moderate the overall size of the credits, for in economic terms a successful banker is one who lends “long term” after borrowing “short-term”. The scanty evidence available to us suggests that such was not the case with Roman bankers”, Jean Andreu, *Banking and business in the Roman world*, Cambridge University Press, 1999, cap. 3, p. 44, (las cursivas son mías).

⁵⁰⁴ “In this way certain *argentarii* became extremely rich, such as Jucundus of Pompeii and Pompeius Trimalcion”, Roger Orsingher, *Banks of the world*, Walker and Company, New York, 1967, p. 10.

⁵⁰⁵ Roger Orsingher, *Banks of the world*, Walker and Company, New York, 1967, p. 7 (cursivas mías)

bancaria en Roma que describen las operativas financieras, compensaciones, saldo de cuentas, envío de cheques y otras similares⁵⁰⁶. No es difícil suponer que en Roma los bancos estuvieron mucho mejor regulados con una clara diferencia jurídica entre el contrato de depósito y otros contratos jurídicos si bien esto no garantiza que la *praxis* de los banqueros fue justa y, por supuesto, ajustara sus operaciones financieras en relación al dinero depositado a la vista en el contrato irregular de dinero conforme a Derecho. Durante el período republicano, los banqueros romanos se atrevieron para formar conjuntamente un sindicato profesional denominado “Collegium Argentarium” al cual los emperadores no pusieron objeción ninguna, es más, según Roger Orsingher “They knew that the *argentarii*, private bankers subject to the regulations governing partnerships, would never form a state within the state. On the contrary he encouraged them and granted them the status of a privileged corporation in order to keep them in even stricter subjection”⁵⁰⁷. Como se demuestra, ya desde la época romana, la relación histórica entre la banca y el poder político ha sido estrecha, fructífera y peligrosa. Igualmente, hay un rescripto de Adriano a los comerciantes de Pérgamo que se habían lamentado de las exacciones ilegales y mal comportamiento de sus banqueros como también otra prueba documental de la ciudad de Mylasa al emperador Septimio Severo con un decreto del consejo y del pueblo de la ciudad dirigido a regular la actividad bancaria y financiera de los banqueros locales⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ Jean Andreu realiza una lista de las operaciones desarrolladas por los banqueros profesionales en Roma: “Let me know describe the various operations carried out within the framework of the profession by professional bankers, money-changers, and cashiers: the assaying of coins; foreign exchange; the advancing of credit and the collection of money at auctions; the reception of deposits and the repayments that money-changers/bankers effected, which constituted the basis of bank accounts; the advancing of loans; and all the other operations that arose out of the above”, Jean Andreu, *Banking and business in the Roman world*, Cambridge University Press, 1999, cap. 3, p. 36.

⁵⁰⁷ Roger Orsingher, *Banks of the world*, Walker and Company, New York, 1967, p. 10.

⁵⁰⁸ Joaquín Trigo Portela, “Historia de la banca”, cap. III de la *Enciclopedia práctica de la banca*, tomo VI, Editorial Planeta, Barcelona, 1989, p. 239.

Testimonios, fragmentos y discursos de pensadores romanos en torno al concepto de depósito

Publio Terencio Africano y la escena VIII de Formión

Una prueba documental acerca de la noción del contrato de depósito durante el siglo II a. C. es la proporcionada por Publio Terencio Africano, más conocido como Terencio. En efecto, Terencio facilita un testimonio a través de la comedia *Formión* que tiene como protagonista al típico parásito de este tipo de obras, que se sirve de ciertos subterfugios legales para conseguir sus propósitos y sacar adelante sus intrigas en esta ocasión. En concreto, la escena VIII de *Formión* tiene como protagonistas a Demifón, Cremes y Formión en el cual éste último reclama a Demifón que cumpla su palabra y entregara a su esposa. Formión, enfadado y burlado, insiste convenientemente pues el diálogo a destacar⁵⁰⁹ continúa del siguiente modo:

- Demifón (*A Formión*): Es que además veo que Antifón no quiere desprenderse de ella. Pero, si te parece, Formión, vete al foro y manda que se consigne en mi cuenta el dinero que tienes que devolverme.
- Formión (*Con sorna*): ¿El que yo distribuí inmediatamente entre mis acreedores?
- Demifón (*Contrariado*): ¿Qué va a pasar entonces?
- Formión: Si quieres darme la esposa que me prometiste en matrimonio, la tomaré; pero si lo que quieres es que ella permanezca en tu casa, la dote debe quedarse en mi poder, Demifón. Porque no es justo que, por vuestra culpa, yo resulte defraudado, cuando yo, por consideración a vosotros, rompí mi relación con la otra, que aportaba precisamente la misma dote.

⁵⁰⁹ Terencio, *El Eunuco, Formión, La Suegra*, introducción, traducción y notas de Antonio López Fonseca, Clásicos de Grecia y Roma Alianza Editorial, Madrid, 2005, pp. 205-210 y especialmente la página 206.

Precisamente, y gracias a la introducción, versión y notas de José Juan del Col respecto a la comedia *Formiön* de Terencio⁵¹⁰, se señala en la nota a pie de página número 83 unas aclaraciones muy oportunas sobre cómo se produjo la acción de restitución del dinero. En resumen, hay tres diferentes posturas sobre cómo Demifón pagó a Formiön: primero⁵¹¹, por vía bancaria mediante una anotación en el libro de cuentas; segundo⁵¹², pago en dinero contante a Formiön en un banco o tercero⁵¹³, pago en dinero contante pero con la posibilidad de recibir la devolución mediante una anotación de crédito en su cuenta bancaria

⁵¹⁰ Terencio, *Formiön*, introducción, versión y notas de José Juan del Col, Cuadernos del Instituto Superior “Juan XXIII”, 6, (1984), pp. 3-60 y especialmente p. 51 y ss.

⁵¹¹ Agustín Blázquez Fraile (*Diccionario Latino-Español*, 2 vols., 4a edic., Barcelona, Sopena, 1961) así interpreta el texto latino: “Haz que de nuevo se consigne esa cantidad en mi cuenta” (s. v. *rescribo*). Creemos que esta es la interpretación que más se ciñe al texto. Se puede entonces presumir que Demifón pagó a Formiön por vía bancaria, es decir, haciendo constar en el libro de cuentas de un banquero la suma cedida (*scribere argentum*); para la restitución de dicha suma, basta que el parásito ordene al mismo banquero que la transfiera nuevamente de su propia cuenta a la de Demifón (*argentum rursum iube rescribi*), todo ello citado en Terencio, *Formiön*, introducción, versión y notas de José Juan del Col, Cuadernos del Instituto Superior “Juan XXIII”, 6, (1984), p. 52, nota a pie de página 83.

⁵¹² Juan José del Col indica que según los versos 679 (*Opportune ádeo argentum nunc mecum áttuli*, muy a propósito he traído conmigo dinero: acto IV, escena III) y 714 (*Hoc témere numquam amittam ego a me*, nunca dejaré que este dinero se me escape de las manos así, a la ligera: acto IV, escena V.), parece que Demifón pagó directamente a Formiön en dinero contante. Es lo que opina J. Marouzeau quien supone que luego el parásito depositó el dinero en un banco (*Térence*, Colección Guillaume Budé, 3 vols., París, “Les Belles Lettres”, 1942-1949 (reimpresión: vol. I, 1963; vol. II, 1956; vol. III, 1961), II, p. 187, nota). Con esta interpretación se salva el modismo *iube rescribi*, pero queda sin explicar el adverbio *rursum* antepuesto a *iube*, todo ello citado en Terencio, *Formiön*, introducción, versión y notas de José Juan del Col, Cuadernos del Instituto Superior “Juan XXIII”, 6, (1984), p. 52, nota a pie de página 83.

⁵¹³ R.H. Martin (*Terence: Phormio*, Londres, Methuen, 1959 (reimpresión con correcciones secundarias, 1964, p. 166) piensa que Demifón pagó a Formiön en dinero contante, pero que está dispuesto a recibir la devolución mediante una anotación de crédito en su cuenta bancaria. Por lo que acabamos de ver acerca del alcance del verbo *rescribere*, también con esta interpretación se salva el modismo *iube rescribi*, pero otra vez queda sin explicar el adverbio *rursum*, y además con ella se explicaría menos bien el verbo *discripsi* del verso 923. *Discribere*, en efecto, significa propiamente “asignar, inscribir en diferentes cuentas” (por extensión, también “distribuir, repartir”), por lo cual el verso 923: *Quodne ego discripsi porro illis quibus debui?*, debiera traducirse en rigor: “¿El dinero que ya repartí en las cuentas de mis acreedores?” La frase *iube rescribi* y el verbo *discripsi* inducen pues a creer que Formiön depositó y repartió por vía bancaria la suma que le entregara Demifón. El *rursum* antes de *iube* induce a su vez a pensar que también la entrega del dinero por parte de Demifón se habría realizado por vía bancaria; pero esto parece estar en disonancia con los citados versos 679 y 714. Salvo entonces mejor opinión, creemos que *rursum* es pleonástico o que responde a una incongruencia en la acción de la pieza, cita recogida en Terencio, *Formiön*, introducción, versión y notas de José Juan del Col, Cuadernos del Instituto Superior “Juan XXIII”, 6, (1984), p. 42, nota a pie de página 83.

El libro X de las Cartas de Plinio el Joven: Gayo Plinio al emperador Trajano

Alrededor de 112 d. C., en la correspondencia entre el gobernador de la provincia del Ponto / Bitinia, Plinio el Joven y emperador Trajano, se dispone de este documento notable acerca de la concepción del contrato de depósito en la Roma de aquel entonces que ha sido facilitado Cayo Plinio Cecilio Segundo, conocido como hemos indicado previamente con el nombre de Plinio el Joven. Estas cartas entre ambos personajes muestran el mensaje del ilustre Plinio a su emperador para preguntar qué actividades y en qué medida suelen castigarse o investigarse los procesos contra los cristianos. La carta va relatando los avatares y las anécdotas de Plinio el Joven en relación a los detenidos; algunos se retractan y otros adoran a la imagen imperial y a los dioses del estado e incluso maldicen a Jesucristo con el único objetivo de salvarse. Sin embargo, Plinio destaca que los cristianos “afirmaban que toda su culpa o error había sido que habían tenido la costumbre de reunirse en un día determinado antes del amanecer y de entonar entre sí alternativamente un himno en honor de Cristo, como si fuese un dios, y ligarse mediante un juramento, no para tramar ningún crimen, sino para no cometer robos, ni hurtos, ni adulterios, ni faltar a la palabra dada, *ni negarse a devolver un depósito, cuando se les reclamara*”⁵¹⁴. Así es, una de las declaraciones de los cristianos en palabras de Plinio el Joven hace referencia al cumplimiento de la restitución del depósito en el momento que éste sea reclamado por el depositante, respetando la petición de devolución del *tantundem* de todo contrato jurídico de depósito según los principios generales, universales y tradicionales del Derecho.

Décimo Junio Juvenal: la sátira XIII y el caso del depósito

Hay disponible otro material que ilustra el concepto de depósito de dinero en la época Romana. En efecto, en su sátira XIII⁵¹⁵, Décimo Junio Juvenal narra que una parte llamada Calvino -amigo del poeta- ha dejado diez mil sestercios en forma de depósito a

⁵¹⁴ Plinio El Joven, *Cartas*, introducción, traducción y notas de Julián González Fernández, Biblioteca Clásica Editorial Gredos, Madrid, 2005, libro X, punto 96, pp. 557-560 y especialmente la página 559, (las cursivas son mías).

⁵¹⁵ Juvenal, *Sátiras*, traducción, estudio Introductorio y notas de Bartolomé Segura Ramos, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1996, Sátira XIII, pp. 160-170.

un amigo que niega haberlos recibido, por lo que el satírico trata de consolarlo (líneas 1-12) pues el primero -Calvino- debe saber que vivimos en una época muy alejada de la Edad de Oro, de ahí que hallar un hombre honesto sea un verdadero prodigio (líneas 13-70) ya que la falsedad y los perjuros reinan por doquier (líneas 71-119). Asimismo hay actos delictivos mucho peores que la pérdida de una cantidad a manos de un falso amigo (líneas 120-173) y remordimientos y torturas del criminal, que recaerá en el crimen y, al final, sufrirá un castigo material también (líneas 174-249). Juvenal describe la amarga experiencia por el cual su amigo Calvino está atravesando, preguntándose lo siguiente: “¿Qué crees, Calvino, que opinan los hombres sobre el reciente crimen⁵¹⁶ y la acusación de haber faltado a la palabra?”, para afirmar más tarde que “*¿Es que tú, aunque se trata de una mínima y exigua partícula de las desgracias corrientes, apenas puedes en tu ardor soportarla y se te desborda la bilis, porque un amigo no te devuelva el depósito que juró guardarte?*”⁵¹⁷. La impotencia de Calvino se manifiesta a través de las palabras de Décimo Junio Juvenal que compara la dificultad de encontrar personas honradas e íntegras que cumplan la esencia del depósito, estos es, la guarda y custodia del objeto depositado en interés del depositante. Juvenal explica el elemento principal de la custodia del *tantundem* y su restitución en favor del deponente de un modo genial y fantástico: “*Ahora si un amigo no niega haber recibido un depósito, si devuelve una vieja bolsa con toda su cochambre, la lealtad se tiene por prodigiosa y digna de los libros etruscos, y tal que haya que purificar con una cordera coronada. Si diviso un individuo singular e íntegro, comparo este fenómeno -la no restitución del depósito- con un niño biforme, con el hallazgo de peces debajo del arado para sorpresa suya, y con una mula parida, y me preocupo como si las nubes hubieran llovido piedras o un enjambre de abejas se hubiese asentado en largo racimo en la cumbre de un santuario; como si fluyese al mar un río de aguas milagrosas, arrastrando remolinos de leche*”⁵¹⁸. El poeta Décimo Junio Juvenal indica muy acertadamente, y con cierta jocosidad, la dinámica de la actividad bancaria y el funcionamiento de este tipo de depositarios es falsa “pues cuando hay audacia para dar y tomar en una mala causa, muchos creen que

⁵¹⁶ Calvino ha entregado 100.000 sestericios a un amigo para que se los guarde, y dicho amigo niega posteriormente haber recibido tal cantidad en forma de depósito.

⁵¹⁷ Juvenal, *Sátiras*, traducción, estudio Introductorio y notas de Bartolomé Segura Ramos, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1996, Sátira XIII, p. 161, (las cursivas son mías).

⁵¹⁸ Juvenal, *Sátiras*, traducción, estudio Introductorio y notas de Bartolomé Segura Ramos, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1996, Sátira XIII, p. 163, (las cursivas son mías).

es confianza. Está haciendo teatro, como el bufón fugitivo en la comedia del refinado Catulo”⁵¹⁹. Finalmente, este poeta romano termina su sátira acerca de las consecuencias del incumplimiento de la restitución del depósito, explicando que “a cierto espartano respondió la sacerdotisa de Apolo que no quedaría en su momento sin castigo el haber dudado en quedarse con un depósito y encubrir su fraude bajo juramento. Preguntaba en efecto cuál era el pensamiento de la divinidad y si este delito se lo recomendaba Apolo. Así que lo devolvió, por miedo, no por ética, y pese a ello, corroboró que todas las palabras del santuario eran dignas del tiempo y verídicas, pereciendo él y al mismo tiempo toda su prole y su casa y los allegados pertenecientes a la familia aunque lejanos. Este castigo sufre la voluntad de delinquir. Pues quien cavila en su interior calladamente algún crimen, es culpable de su comisión”⁵²⁰.

Cicerón y los dos depósitos de cistóforos

Los cistóforos fue una moneda oficial de la República romana -si bien sólo en la provincia de Asia- y no es extraño que Marco Tulio Cicerón, testigo excepcional de su tiempo, haga referencia a esta moneda en su correspondencia. A su vez, Cicerón conocía perfectamente esta moneda asiática puesto que se acuñaron cistóforos a nombre del procónsul -es decir, el propio Cicerón- en las diócesis que habían sido transferidas desde la provincia de Asia a la de Cilicia⁵²¹. El orador romano declara lo siguiente en una carta escrita a su amigo Ático en la región de Epiro entre los días 5 y 13 de enero del año 48 a.C: “Tengo en Asia, en cistóforos, unos dos millones doscientos mil sestercios”⁵²². El sestercio era la moneda de cuenta de la República desde el año 141

⁵¹⁹ Juvenal, *Sátiras*, traducción, estudio Introductorio y notas de Bartolomé Segura Ramos, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1996, Sátira XIII, p. 165.

⁵²⁰ Juvenal, *Sátiras*, traducción, estudio Introductorio y notas de Bartolomé Segura Ramos, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1996, Sátira XIII, p. 169.

⁵²¹ Luis Amela Valverde, “Cicerón y los cistóforos (Cic. Att. 2, 6, 2; 2, 16, 4 y 11, 1, 2)”, *Faventia: Revista de Filología Clásica*, número 26, fascículo 2, 2004, pp. 91-98. Igualmente pueden verse los artículos de Joaquín Muñoz Coello, “Cicerón y el santuario de Tulia. Teoría religiosa y práctica financiera”, *Arys: Antigüedad: religiones y sociedades*, nº1, 1998, pp. 119-138 y “Las raciones de Cicerón: Prácticas financieras de un senador a finales de la República”, *Hispania antiqua*, nº 23, 1999, pp. 47-66.

⁵²² Fruto de su gobierno en Cilicia. En carta de enero del 49 (*Ad fam.* V 20, 9) se dice que están en Éfeso, véase Luis Amela Valverde, “Cicerón y los cistóforos (Cic. Att. 2, 6, 2; 2, 16, 4 y 11, 1, 2)”, *Faventia: Revista de Filología Clásica*, número 26, fascículo 2, 2004, p. 92. Igualmente véase Cicerón, *Cartas II*

a.C. si bien no se acuñaba desde hacía años y la moneda real de plata era el denario⁵²³ durante la República. En efecto, Cicerón tenía una cantidad aproximada de dos millones doscientos mil sestercios en su posesión que procedía de las ganancias obtenidas de su proconsulado de Cilicia, cantidad que había depositado⁵²⁴ con los *publicani* de *Ephesus* (Éfeso, la capital de la provincia de Asia). Es preciso indicar que César indica la posibilidad de sacar todo aquel dinero y depósitos de los templos en la búsqueda de dinero para financiar la guerra contra él así como también la existencia de un decreto del Senado que autorizaba a tomar el dinero y todo el erario público de las provincias y de ciudadanos particulares⁵²⁵. Parece ser que Cicerón tenía dos depósitos de cistóforos en Éfeso, cada uno de 1.100.000 sestercios, y ambos en manos de los publicanos: uno era la contrata fallida de P. Valerio que había estado puesta a disposición de Pompeyo guardada en un templo. El otro depósito estaba constituido por el dinero destinado a Sestio⁵²⁶ (900.000 más 100.000 sestercios más otra cantidad idéntica a la última cifra).

Naturalmente, Cicerón consideraba que todo ese dinero era de su propiedad por lo que fraccionó la suma total de los depósitos para evadir preguntas molestas e informaciones desafortunadas. De este modo, la provisión de un millón de sestercios que Cicerón había dispuesto para uso de Sestio no era de su incumbencia pues en realidad esta provisión era atribución y discreción del senado. Cicerón manifiesta haber dejado la asignación de un año de la provincia al cuestor Gayo Celio Caldo y la obligación de devolver la cifra de un millón de sestercios⁵²⁷ -sin lugar a dudas este dinero estaba depositado en cistóforos- al erario público. Gayo Celio Caldo -gobernador interino de la provincia de Cilicia a la salida de Cicerón, se apropió del dinero destinado a Sestio, sucesor de

Cartas a Ático (cartas 162-426), introducción, traducción y notas de Miguel Rodríguez-Pantoja Márquez, Biblioteca Clásica Gredos, 2008, Carta 11, 1, 2, p. 130.

⁵²³ El sestercio era una moneda de plata, equivalente a la cuarta parte de un denario, hasta que la reforma de Augusto la convirtió en una moneda de bronce.

⁵²⁴ Luis Amela Valverde, “Cicerón y los cistóforos (Cic. Att. 2, 6, 2; 2, 16, 4 y 11, 1, 2)”, *Faventia: Revista de Filología Clásica*, número 26, fascículo 2, 2004, p. 92.

⁵²⁵ Luis Amela Valverde, “Cicerón y los cistóforos (Cic. Att. 2, 6, 2; 2, 16, 4 y 11, 1, 2)”, *Faventia: Revista de Filología Clásica*, número 26, fascículo 2, 2004, p. 93.

⁵²⁶ Luis Amela Valverde, “Cicerón y los cistóforos (Cic. Att. 2, 6, 2; 2, 16, 4 y 11, 1, 2)”, *Faventia: Revista de Filología Clásica*, número 26, fascículo 2, 2004, p. 93.

⁵²⁷ Así lo manifiesta Cicerón: “En efecto, como me pareció correcto y honroso, del presupuesto anual que me había sido concedido por decreto, dejar a mi cuestor Gayo Celio la asignación de un año, y devolver al erario alrededor de un millón de sestercios”, Cicerón, *Cartas I Cartas a Ático* (cartas 1-161D), introducción, traducción y notas de Miguel Rodríguez-Pantoja Márquez, Biblioteca Clásica Gredos, 1996, Carta 7, 1, 6, p. 356.

Cicerón y supuestamente el resto de esta parte del depósito pasaría a manos del erario público. Por otra parte, el depósito que había estado a disposición de Pompeyo -ya que Cicerón no se fiaba de los publicanos- no es más, en la práctica, que la realización de un préstamo a favor del primero⁵²⁸, valorado por 1.100.000 sestercios. Otro autor⁵²⁹ como Joaquín Muñiz Coello -citado por Luis Amela Valverde-, por ejemplo, considera que el dinero retirado por Cicerón de Éfeso no iría a parar a manos de Pompeyo sino que lo depositó en manos de L. Egnacio Rufo, su banquero de confianza⁵³⁰. Sin lugar a dudas, queda en duda la disposición del depósito en Éfeso que había permanecido en disposición permanente a Pompeyo, si bien es difícil que Cicerón mantuviera a su disposición dicho dinero y más cuando César describe la búsqueda continua en efectivo por los senatoriales en la provincia de Asia no dejaría indemne el depósito de Cicerón. La situación financiera de Cicerón fue bastante delicada⁵³¹ según las circunstancias concurrias en aquel momento: el senado había aprobado que los propios senadores contribuyeran con sus propios bienes en el caso de que fuera necesario para el pago de soldados, gran parte del dinero depositado en los bancos por personas privadas fue confiscado -como el depósito de Cicerón-, había una gran dificultad de convertir la cantidad de dinero disponible de cistóforos a denarios a favor de Pompeyo y además los avatares de la guerra produjeron la bancarrota de Cicerón y un patrimonio profundamente mermado⁵³². En definitiva, no cabe duda que la actividad bancaria y financiera de la época que Cicerón relata es preocupante y altamente intervencionista, a

⁵²⁸ Cicerón declara que “No parece, en efecto, que pueda durar mucho la situación actual, de modo que enseguida podré saber qué es lo más necesario, aunque carezco de todo, porque la persona con quien me encuentro está también en apuros -Pompeyo-: le he prestado una gran cantidad de dinero pensando que cuando las cosas vuelvan a su cauce esa acción me proporcionará incluso honor”, *Cartas II Cartas a Ático (cartas 162-426)*, introducción, traducción y notas de Miguel Rodríguez-Pantoja Márquez, Biblioteca Clásica Gredos, 2008, Carta 11, 1, 2, p. 133.

⁵²⁹ Luis Amela Valverde, “Cicerón y los cistóforos (Cic. Att. 2, 6, 2; 2, 16, 4 y 11, 1, 2)”, *Faventia: Revista de Filología Clásica*, número 26, fascículo 2, 2004, p. 94

⁵³⁰ Cicerón expresa lo siguiente: “El dinero está en manos de Egnacio. Por mi parte quédese como está”, *Cartas II Cartas a Ático (cartas 162-426)*, introducción, traducción y notas de Miguel Rodríguez-Pantoja Márquez, Biblioteca Clásica Gredos, 2008, Carta 11, 1, 2, p. 133.

⁵³¹ En una de las cartas dirigidas a Ático, Cicerón expone lo siguiente: “Respecto a la adquisición de la finca en Frusino ya hace tiempo que conoces mi deseo. Aunque entonces mis asuntos estaban en mejor situación y no me parecía que iban a llegar a tal punto de desesperación, sigo no obstante deseando lo mismo. Mira la forma de hacerlo. Y, por favor, en la medida que puedas, procura que haya de dónde conseguir yo dinero para los gastos necesarios. Si tuve algo disponible se lo pasé a Pompeyo cuando me pareció prudente hacerlo”, *Cartas II Cartas a Ático (cartas 162-426)*, introducción, traducción y notas de Miguel Rodríguez-Pantoja Márquez, Biblioteca Clásica Gredos, 2008, Carta 11, 1, 2, p. 153.

⁵³² Luis Amela Valverde, “Cicerón y los cistóforos (Cic. Att. 2, 6, 2; 2, 16, 4 y 11, 1, 2)”, *Faventia: Revista de Filología Clásica*, número 26, fascículo 2, 2004, p. 95

saber, por un lado el depósito de dinero destinado a Sestio es apropiado e interceptado por el gobernador interino Gayo Celio Caldo y, por otra parte, el depósito de dinero a disposición de Pompeyo fue confiscado por las autoridades seguramente mediante una de las medidas administrativas del senado para sufragar la guerra contra César.

El concepto de depósito en las comedias de Plauto: Captivi, Asinaria, Curculio y Mostellaria.

Así, por ejemplo, hay referencias interesantes en relación a la práctica financiera y bancaria de la época en la cual pueden observarse las diferentes operaciones propias de la banca: compensaciones, saldo de cuentas, gestión de cheques, etc. Un primer ejemplo de la actividad financiera está incluida en la comedia de *Los Cautivos* -también conocida como *Captivi*- donde Plauto describe un diálogo entre dos protagonistas llamados Hegión y Ergásilo donde el primero afirma las siguientes palabras al final de la escena segunda del acto primero de la Comedia: “Voy adentro, que tengo que echar unas cuentecillas, a ver cuánto es el dinero que tengo en el banquero”⁵³³. Igualmente, al final de la escena tercera del acto II de la comedia de *Los Cautivos*, tres protagonistas -Hegión, Filócrates y Tíndaro- desarrollan un diálogo en el cual Hegión remarca la plena actividad propia de los banqueros de la época al manifestar “Ven conmigo al banquero, que te dé dinero para el viaje y al mismo tiempo el documento al pretor”⁵³⁴. Otra comedia de Plauto, que deja entrever cierta actividad propia de la actividad de la banca, se encuentra incluida en *La Comedias de los Asnos* -más conocida como *Asinaria*- donde dos personajes con el nombre de Leónidas y Líbano realizan un diálogo con ciertos detalles respecto a los usos bancarios y financieros, amén de su incapacidad para hacer frente a los cumplimientos de las retiradas de los depósitos. De este modo, Líbano se pregunta: “He visto a Exerambo venir aquí con un banquero”, a lo que Leónidas responde: “Así me gusta a mí hacer los negocios; la otra cantidad que me debía, apenas

⁵³³ Plauto, *Comedias*, vol. I, introducción general de Agustín García Calvo e introducciones, traducción y notas de Mercedes González-Haba, Biblioteca Gredos, Madrid, 2007, p. 256. Este texto es citado por Knut Wicksell en sus *Lectures on Political Economy*, vol. II, Routledge & Kegan Paul, Londres 1950, p. 73.

⁵³⁴ Plauto, *Comedias*, vol. I, introducción general de Agustín García Calvo e introducciones, traducción y notas de Mercedes González-Haba, Biblioteca Gredos, Madrid, 2007, p. 268.

se la pude sacar un año después; esta vez en cambio no para hasta traernos él mismo el banquero a casa y nos hace la escritura de pago”⁵³⁵.

De igual modo, Plauto tiene otras comedias en donde describe el funcionamiento de la actividad bancaria y financiera de la época. La comedia titulada *Gorgojo* -conocida como *Curculio*- expone en la escena única de su acto tercero una declaración personal de un banquero llamado Licón que no tiene desperdicio. Licón -el banquero- manifiesta lo siguiente: “Dicen que soy hombre rico: he estado ahora mismo echando mis cuentecillas, a ver cuánto es el dinero que tengo y a cuánto ascienden las deudas: *resulta que soy rico si no pago lo que debo; si lo pago, es más lo que debo que lo que tengo. Caray, si bien lo pienso, como me apremien más, voy y me remito al pretor*⁵³⁶: la mayoría de los banqueros acostumbra a reclamarse unos a otros, pero no a devolver nada a nadie y a solucionar el caso a puñetazos si alguien les exige más a las claras. Si has hecho dinero a su debido tiempo y no te andas con tiento en cuanto a gastos a su debido tiempo, a su debido tiempo te morirás de hambre. Yo estoy deseando comprarme un esclavo, pero tendría que ser prestado porque estoy falto de posibles”⁵³⁷. Posteriormente, en la escena segunda del acto cuarto de la misma comedia, Gorgojo se dirige a Licón -el banquero- y realiza una descripción de los banqueros en los siguientes términos: “Ja, pues a vosotros os pongo a la misma altura: sois lo mismísimo que ellos, y los rufianes al menos se ponen en lugares apartados, pero vosotros en la misma plaza; *vosotros despedazáis a los demás con la usura, los rufianes induciendo a la gente al mal y con sus casas de trata. Muchas han sido las leyes dictadas por el pueblo por vuestra causa, pero, una vez dictadas, tiempo os falta para violarlas: siempre encontráis alguna escapatoria; para vosotros son las leyes como el agua hirviendo, que no tarda mucho en enfriarse*”⁵³⁸. También, en relación a esta comedia titulada *Gorgojo* de Plauto, se puede encontrar un episodio ilustrativo de la (des)confianza transmitida por los banqueros de aquella época en la escena cuarta; en efecto, un personaje llamado

⁵³⁵ Plauto, *Comedias*, vol. I, introducción general de Agustín García Calvo e introducciones, traducción y notas de Mercedes González-Haba, Biblioteca Gredos, Madrid, 2007, p. 94.

⁵³⁶ Ante el pretor se hacía la declaración de concurso de acreedores, es decir, la bancarrota.

⁵³⁷ Plauto, *Comedias*, vol. II, introducciones, traducción y notas de Mercedes González-Haba, Biblioteca Gredos, Madrid, 2007, p. 33, (las cursivas son mías).

⁵³⁸ Plauto, *Comedias*, vol. II, introducciones, traducción y notas de Mercedes González-Haba, Biblioteca Gredos, Madrid, 2007, p. 39, (las cursivas son mías).

Capadocio intercambia las siguientes palabras con otro personaje denominado Terapontígono que reza así: “(Saliendo del templo) Si los dioses te son propicios, es, desde luego, que no tienen nada en contra de ti: *después que hice ahí mi ofrenda se me vino a la mientes el reclamarle al banquero el dinero que falta, no sea que se le ocurra largarse, que más vale que me lo trague yo que no él*”⁵³⁹ y posteriormente Capadocio termina diciendo “*los que afirman que el dinero que se entrega a los banqueros está mal colocado, dicen una tontería. Yo digo que lo mismo puede estar mal colocado que bien. Hoy mismo he tenido la ocasión de experimentarlo. Si no te lo devuelven nunca, no está mal colocado, está simplemente perdido*. Conque mientras dice que me va a pagar las diez minas, ha ido recorriendo mostrador tras mostrador. Cuando veo que allí no pasa nada, me pongo a reclamar a gritos; entonces va y me cita delante de los tribunales. Buen miedo pasé de que me quisiera resolver el asunto ante el pretor. Pero sus amigos le han obligado y me ha pagado de su dinero particular. Ahora derecho a casa”⁵⁴⁰. Por último, en *La Comedia del Fantasma* -llamada Mostellaria-, Plauto plantea la situación de tres personajes -Un usurero, Tranión y Teoprópides- en la escena primera del acto tercero en la que expone las dificultades financieras en las que se hallaba Tranión respecto a un préstamo realizado por el usurero y cómo éste último reclamaba el capital y los intereses del préstamo concedido para devolver la cantidad adeudada.

Crisis financiera y recesión económica en el año 33 d.C.

El desorden financiero y bancario en Roma no se hizo esperar pues Augusto, vuelto de Egipto a causa de la guerra contra Marco Antonio y Cleopatra, puso un inmenso tesoro en circulación para reanimar el languideciente comercio procedente de aquella guerra. Este tesoro incrementó la economía a corto plazo, los precios subieron al alza y la burbuja crediticia y económica estaba totalmente enraizada en la sociedad romana⁵⁴¹

⁵³⁹ Plauto, *Comedias*, vol. II, introducciones, traducción y notas de Mercedes González-Haba, Biblioteca Gredos, Madrid, 2007, p. 42, (las cursivas son mías).

⁵⁴⁰ Plauto, *Comedias*, vol. II, introducciones, traducción y notas de Mercedes González-Haba, Biblioteca Gredos, Madrid, 2007, p. 48, (las cursivas son mías).

⁵⁴¹ En este sentido, Cayo Cornelio Tácito afirma que, en torno al comienzo del año 22 d.C., que bajo el consulado de Gayo Sulpicio y Décimo Haterio, fue un “Año nada turbulento en los asuntos del exterior, en Roma trajo consigo el miedo a medidas severas contra el lujo, que se había extendido hasta toda clase de derroches”. Incluso Tácito transcribe la carta de Tiberio dirigida al Senado en sus *Anales*, anticipando las consecuencias económicas del derroche crediticio y económico presente: “[Al señalar vosotros mismo

hasta que Tiberio⁵⁴² interrumpió bruscamente esa espiral resorbiendo la moneda circulante. Aquellas posiciones deudoras que contaban con la continuación de la política inflacionista hasta entonces se encontraron con una enorme iliquidez y corrieron a retirarlo de los bancos. Naturalmente, la práctica de la actividad bancaria con reserva fraccionaria era patente y manifiesta pues según palabras de Indro Montanelli las instituciones financieras de “Balbo y de Olio tuvieron que hacer frente en un solo día a trescientos millones de obligaciones y cerró las ventanillas”⁵⁴³, incluso señala que “Todos corrieron a retirar sus depósitos de los Bancos. Hasta el de Máximo y Vibón, que era el más fuerte, no pudo satisfacer todas las demandas y pidió auxilio a la de Pettio. La noticia se difundió en un abrir y cerrar de ojos, y fueron entonces los clientes de Pettio quienes se precipitaron a su Banco con sus libretas impidiéndole el salvamento de sus dos colegas. La interdependencia de las varias economías provinciales y nacionales en el seno del vasto Imperio, quedó demostrada por el simultáneo asalto a los Bancos de Lyon, Alejandría, Cartago y Bizancio”⁵⁴⁴. Además, el propio Montanelli remarca la frágil estructura de un sistema bancario que actúa con un coeficiente de reserva fraccionaria basado en la confianza de la restitución de los depósitos ya que “Era claro que una oleada de desconfianza en Roma repercutía inmediatamente en la periferia. También entonces hubo quiebras en cadena y suicidios”⁵⁴⁵. Al final, como muchas veces ha ocurrido en la historia, la solución dada es garantizar el sistema

el temor en el rostro de cada uno de los que se vieran acusados de un lujo vergonzoso, los observara yo también y, por así decirlo, los sorprendiera en su falta], más adelante [¿por qué reinaba antaño la austeridad? Porque cada cual se moderaba a sí mismo, porque éramos ciudadanos de una sola ciudad; tampoco cuando nuestro dominio se limitaba a Italia teníamos estas tentaciones. Aprendimos en las victorias exteriores a consumir los recursos ajenos, y en las civiles también los nuestros], para concluir diciendo: [Ésta es la preocupación del príncipe: si se la descuida arrastrará al estado a la ruina]”, Cayo Cornelio Tácito, *Anales Libros I-VI*, introducción, nota, y traducción de José L. Moralejo, Biblioteca Clásica Gredos 19, Madrid, 1984, libro III, epígrafes 52-54, pp. 240-243.

⁵⁴² Tenney Frank (1876-1939) describe la política monetaria seguida por Augusto en los siguientes términos: “I desire to point out that while Augustus increased the coinage for circulation very strikingly from 30 to 10 BC, he in his last twenty years and Tiberius during his nineteen years of power before 33 coined relatively little and spent very frugally ; so that, while gold and silver went abroad increasingly to pay for imports, the per capita circulation inside of Italy was steadily decreasing for forty years.”, Tenney Frank, “The Financial Crisis of 33 A. D.”, *The American Journal of Philology* 56.4, 1935, pp. 336-341, y especialmente la página 337. Para un estudio mucho más detallado véase el trabajo de M. K. Thornton y Robert L. Thornton, “The Financial Crisis of A.D. 33: A Keynesian Depression?”, *Journal of Economic History*, 50.3, 1990, pp. 655-662.

⁵⁴³ Indro Montanelli, *Historia de Roma*, Plaza & Janés Editores, Barcelona 1990, cap. XXXIX, p. 281.

⁵⁴⁴ Indro Montanelli, *Historia de Roma*, Plaza & Janés Editores, Barcelona 1990, cap. XXXIX, p. 281.

⁵⁴⁵ Indro Montanelli, *Historia de Roma*, Plaza & Janés Editores, Barcelona 1990, cap. XXXIX, pp. 281-282.

bancario y financiero y los depósitos a la vista de los depositantes, “Tiberio -sucesor de Octavio Augusto- tuvo al fin que rendirse a la idea de que la deflación no es más sana que la inflación. Con muchos suspiros distribuyó cien mil millones a los Bancos para que volviesen a ponerlos en circulación, con orden de prestarlos por tres años sin intereses”⁵⁴⁶. Así es, como se ha visto, durante el año 33 d.C. se produjo una importante crisis financiera y bancaria que fue reproducida por el mismo Cayo Cornelio Tácito. Este personaje e historiador romano fue testigo de la importante crisis financiera de su tiempo que recogió en su afamado libro *Anales*. En concreto, Tácito señala cómo los caudales y el mal de usura aumentaba, contraviniendo la ley del dictador César. La solución a la expansiva creación artificial del crédito sin respaldo de ahorro real se agudizó mediante la intervención “política” del pretor Graco, que estaba a cargo de la instrucción de este asunto. El senado, y los padres, asustados, “pidieron gracia al príncipe; él se la concedió, y se estableció un plazo de un año y seis meses dentro del que, según las disposiciones de la ley, cada cual debía arreglar sus cuentas patrimoniales”⁵⁴⁷. Según este historiador romano “surgió una escasez de numerario, al reclamarse a un tiempo todas las deudas, y porque, habiendo sido tantas las condenas seguidas de subasta de bienes, la plata amonedada, estaba retenida por el fisco o el erario” y también “los acreedores reclamaban la totalidad, y no resultaba decente para aquellos a quienes se reclamaba el hacer menguar su crédito”⁵⁴⁸. El propio Tácito describe cómo empezaron las “visitas y ruegos, luego se alborotó el tribunal del pretor, y las medidas que se habían arbitrado como remedios -la venta y la compra- se tornaba contraproducentes”, además “la abundancia de ventas siguió la caída de los precios; cuanto más cargado de deudas estaba uno, mayor dificultad hallaba para vender sus parcelas, y se derrumbaban las fortunas de muchos. El desfondamiento de los patrimonios familiares estaba dando al traste con la dignidad y la reputación, cuando el César prestó su ayuda repartiendo por las bancas cien millones de sestercios⁵⁴⁹, autorizándose un préstamo sin intereses durante tres años, si previamente el deudor

⁵⁴⁶ Indro Montanelli, *Historia de Roma*, Plaza & Janés Editores, Barcelona 1990, cap. XXXIX, p. 282.

⁵⁴⁷ Cayo Cornelio Tácito, *Anales Libros I-VI*, introducción, nota, y traducción de José L. Moralejo, Biblioteca Clásica Gredos 19, Madrid, 1984, libro VI, epígrafe 16, pp. 355-356.

⁵⁴⁸ Cayo Cornelio Tácito, *Anales Libros I-VI*, introducción, nota, y traducción de José L. Moralejo, Biblioteca Clásica Gredos 19, Madrid, 1984, libro VI, epígrafe 17, pp. 356-357.

⁵⁴⁹ Del erario público.

ofrecía al pueblo⁵⁵⁰ una garantía doble en predios. Así se restauró el crédito y se encontraron prestamistas particulares poco a poco también. Pero no se realizó la compra de tierras según el tenor del decreto del senado, pues casi siempre ocurre que, tras unos comienzos enérgicos, al final se impone la indiferencia”⁵⁵¹.

La quiebra de la banca del cristiano Calisto

Un caso paradigmático que muestra el incumplimiento del *tantundem* en el caso del depósito irregular de dinero es la quiebra de la banca del cristiano Calisto⁵⁵². Este cristiano fue esclavo del cristiano Carpóforo puesto que actuó como banquero en representación de éste y aceptaba depósitos de los cristianos. Tuvo una vida azarosa y tumultuosa hasta llegar a ser Papa (217-222 d.C.) y fue nombrado santo posteriormente. Desafortunadamente, sus actividades bancarias y financieras no fueron correctas ya que se arruinó y empobreció a los depositantes que confiaron la custodia de sus depósitos en él. Después de cometer tal desfallo, Calixto fue capturado por su amo mientras intentaba escapar aunque fue perdonado debido a las súplicas de los mismos cristianos a los que había defraudado previamente.

La sociedad de los banqueros o “*societas argentaria*”

El mundo romano desarrolló de forma notable una institución denominada *societas argentaria*, esto es, una sociedad de banqueros. La *societas argentaria*⁵⁵³ ha sido objeto de estudio en el título *Pro Socio* del Digesto y de forma unánime ha sido incluida en el tipo *alicuius negotiationis*⁵⁵⁴ que se aplican estas normas con carácter general si bien está afectada por una regulación especial en torno al régimen de responsabilidad de los

⁵⁵⁰ Es decir, al erario del Estado.

⁵⁵¹ Cayo Cornelio Tácito, *Anales Libros I-VI*, introducción, nota, y traducción de José L. Moralejo, Biblioteca Clásica Gredos 19, Madrid, 1984, libro VI, epígrafe 17, pp. 357.

⁵⁵² Juan de Churrua Arellano, “La quiebra de la banca del cristiano Calisto (ca. 185-190)”, *Seminarios complutenses de Derecho Romano*, n. 3, 1991, pp. 61-86.

⁵⁵³ Véase Peter Temin, *The Roman market economy*, Princeton University Press, 2013, parte II, cap. 8, pp. 172-173.

⁵⁵⁴ Véase Carlo Arnò, *Il contratto di società*, Torino, 1938, p. 101; Vincenzo Arangio Ruiz, *La società in Diritto Romano*, Napoli, 1965, p. 144 y en especial el artículo de Carmen Velasco García, “Algunas observaciones sobre la *societas argentaria*”, en *Historia, Instituciones, Documentos*, nº 12, 1985, pp. 133-134.

socii argentarii, basado en la solidaridad y recíproca representación. Este tipo de sociedades de banqueros -o *societas argentaria*- surgían a través de la aportación de bienes por parte de los socios al patrimonio social que debía responder de las deudas existentes. Esta forma de actuar supone un cambio importante en el comportamiento de los banqueros y en el primigenio sistema bancario romano de aquel entonces ya que los socios de la *societas argentaria* habrían de responder de los depósitos con todo su patrimonio⁵⁵⁵ en caso del incumplimiento del *tantundem* en el contrato de depósito según el derecho romano. La introducción del elemento de la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios banqueros⁵⁵⁶ fue un principio general del derecho romano para mitigar el abuso del banquero sobre los depósitos efectuados y así poder garantizar el cumplimiento de los contratos jurídicos realizados, en particular en forma de depósitos irregulares o de dinero a la vista. Este tipo de *societas argentaria* disponía de una serie de reglas y usos mediante los cuales los banqueros⁵⁵⁷ eran sometidos a cierta vigilancia, sobre todo desde la época imperial por el *praefectus urbi*⁵⁵⁸ y por los gobernadores en las provincias. Esta vigilancia se materializaba en la obligación de presentación de algunos libros en caso de conflicto⁵⁵⁹ cuya contabilidad bancaria realizada por los *argentarii* recibía el nombre de *Codex accepti et expensi*. Así, el *argentarius* realizaba las operaciones de banca con cada persona determinada mediante un libro de cuenta corriente denominado -*nomina transcripticia*- que mostraba las relaciones del debe y haber entre el banquero y sus clientes⁵⁶⁰. Este tipo de contabilidad efectuada a través de los *nomina transcripticia* eran generadores de obligación con efecto novatorio, ya sea por un cambio de causa (*a re in personam*) en el caso de que el banquero cargue como

⁵⁵⁵ Véase Manuel J. García-Garrido, “La sociedad de los banqueros (*societas argentaria*)”, en *Studi in honore di Arnaldo Biscardi*, vol. III, Milán 1988, pp. 380-383.

⁵⁵⁶ Véase el trabajo de Rafael Herrero Chico, *Función y origen de los argentarii*, Separata del Anuario de estudios sociales y jurídicos, Escuela Social de Granada, vol. VI, 1977, pp. 105-127 y especialmente las páginas 122-127.

⁵⁵⁷ La actividad bancaria tenía carácter privado en Roma. Sólo, y en algunos períodos excepcionales, como en la época de Tiberio, se hizo necesaria la introducción de la banca pública. Véase J. Marquardt y T. Mommsen, *Manuel des antiquités Romaines*, París, 1888, tomo 10, p. 79.

⁵⁵⁸ Ulpiano D, 1, 12, 1 *libro singulari de officio Praefecti Urbi*, 9. La cita en latín es: “*Praeterea curare debet Praefectus urbi, ut numularii probe se agant circa omne negotium suum, et temperent his, quae sunt prohibita*” y su traducción “Además de esto, deberá cuidar el Prefecto de la Ciudad de que los cambistas se conduzcan con probidad en todos sus negocios, y se abstengan de lo que está prohibido”, véase en Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, nº 287, Barcelona, 1889, D. 1, 12, 1, 9, tomo I, p. 231.

⁵⁵⁹ Carlo Arnò, *Il contratto di società*, Torino, 1938, p. 100.

⁵⁶⁰ Luigi de Sarlo, *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati*, Padua, 1936, pp. 315 y ss.

deuda a un vendedor lo que se le debe como precio o, por otro lado, como cambio de persona (*a persona in personam*) en el caso de actuar como mero intermediario de un cliente⁵⁶¹.

Asimismo, los *argentarii*⁵⁶² desarrollaban su actividad bancaria en *tavernas* o locales especiales y efectuaban una doble serie de operaciones; por un lado, aquella actividad propia de los banqueros de la época como la realización de pagos, depósitos de valores, depósito irregulares, entre otros, y, por otro lado, toda actividad relativa a la liquidación de bienes hereditarios y no hereditarios⁵⁶³. La *mensa* era transmisible como es la licencia o ficha bancaria y dicha cesión conllevaba el derecho a operar mediante el otorgamiento de la licencia de la autoridad competente y, del mismo modo, la posibilidad de transferir el mobiliario e instrumentos de la taverna y el activo y pasivo financiero del banco⁵⁶⁴. La actividad bancaria en Roma adquirió cierta importancia en el tráfico económico; se exigió el cumplimiento de llevar las cuentas al día⁵⁶⁵ y operando las compensaciones a favor de los clientes así como también la obligación de los *edere rationes* que conlleva la publicación o presentación de los documentos contables propios de su administración con el fin de dar a conocer su contenido⁵⁶⁶. La obligación

⁵⁶¹ Carlo Arnò, *Il contratto di società*, Torino, 1938, p. 100; Emilio Valiño, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Valencia 1976, pp. 514-515; Álvaro D'Ors, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1983, pp. 490 y 504, n. 3.

⁵⁶² Igualmente se les denominaba con el nombre de *mensarii*, es decir, de la *mensa* o el mostrador utilizado para realizar sus tareas como cambistas.

⁵⁶³ Carmen Velasco García, "Algunas observaciones sobre la *societas argentaria*", en *Historia, Instituciones, Documentos*, nº 12, 1985, p. 135.

⁵⁶⁴ Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Madrid, Unión Editorial, 2002, cap. II, p. 50.

⁵⁶⁵ Jean Imbert, en su *Historia Económica (de los orígenes a 1789)*, traducción del francés de Armando Sáez, Editorial Vicens-Vives, Barcelona, 1971, p. 58, señala que "la *praescriptio* equivalía a nuestro actual cheque. Un capitalista encargaba a un banquero que hiciese efectivo un pago de un préstamo por su cuenta, los fondos eran entregados previa presentación de una orden de pago llamado *praescriptio*".

⁵⁶⁶ Ulpiano D. 2, 13, 6 *libro IV ad Edictum*, 7; "Si algún cambista tuviere, como la mayor parte de ellos, la documentación en su casa de campo, o en el almacén, o te llevará a aquel lugar, o te dará copiadas las cuentas", la cita textual en latín es: "Si quis ex argentariis, ut plerique eorum, in villa habeat instrumentum, vel in horreo, aut ad locum te perducet, aut descriptas rationes dabit", Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, nº 287, Barcelona, 1889, D. 2, 13, 6, 7, tomo I, p. 271. Según Manuel J. García Garrido "existía también la costumbre de depositar el dinero en los templos (*in aede*), confiando los sacos sellados a los cuidadores que los guardaban en cofres o armarios. En tiempos de revueltas y peligros los clientes confiaban sus fondos a los patronos que podrían ofrecer medidas más eficaces de custodia. Se utilizaban también los almacenes (*horrea*), que no sólo servían para las mercancías sino que en ellos se guardaban los documentos y el dinero en armarios que hacían el mismo servicio que las actuales cajas de seguridad. Ulpiano atestigua la posibilidad de que el banquero guardase

de presentación del *edere rationes* se aplicaba al *argentarius* para trasladar toda la información necesaria al cliente con el objeto de fundar mejor su demanda con más medios de prueba en el litigio contra el banquero⁵⁶⁷, al contrario de la norma general de que el demandante no podía obligar a la otra parte a mostrar sus títulos⁵⁶⁸. La consideración pública de la función que cumplían los *argentarii* como consecuencia del desarrollo económico experimentado en los siglos II y I a.C. supuso un aumento del tráfico mercantil y bancarios y de los propios *ederes rationes*, debido al volumen mayor de gestión de bienes y negocios realizados por los banqueros. De todos modos, uno de los rasgos más característicos del contrato de sociedad romano se basa en la falta de relevancia del vínculo social respecto a los terceros que hubiesen entrado en relaciones contractuales con socios singulares, salvo pacto expreso en contra⁵⁶⁹:

*“Si unus ex sociis rem communem vendiderit consensu sociorum, pretium dividi debet ita, ut ei caveatur, indemnem eum futurum. Quodsi iam damnum passus est, hoc ei praestabitur; sed si pretium communicatum sit sine cautione, et aliquid praestiterit is, qui vendidit, an, si non omnes socii solvendo sint, quod a quibusdam servari non potest, a ceteris debeat ferre? Sed Proculus putat, hoc ad ceterorum onus pertinere, quod ab aliquibus servari non potest; rationeque defendi posse, quoniam societas quum contrahitur, tam lucri, quam damni communio initur”*⁵⁷⁰.

los documentos en su casa de campo o en un almacén (D. 2. 13. 6.)”, véase Manuel J. García Garrido, *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo Romano*, Fundación de Estudios Romanos-Editorial Dykinson, Madrid, 2001, cap. V, p. 80.

⁵⁶⁷ Alejandro Fernández Barreiro, *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Euns-Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pp. 142 y ss.

⁵⁶⁸ Gayo D. 2, 13, 10 *Libro I. ad Edictum provinciale*, 1; “Se manda que el cambista exhiba las cuentas, y no importa que la controversia sea con el mismo cambista, o con otro”, la cita textual en latín es: “*Argentarius rationes edere iubetur nec interest, cum ipso argentario controversia sit, an cum alio*”, Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, nº 287, Barcelona, 1889, D. 2, 13, 10, 1, tomo I, p. 274.

⁵⁶⁹ Carmen Velasco García, “Algunas observaciones sobre la *societas argentaria*”, en *Historia, Instituciones, Documentos*, nº 12, 1985, p. 136.

⁵⁷⁰ La traducción al castellano es “Si uno de los socios hubiere vendido una cosa común con consentimiento de los socios, debe dividirse el precio de modo, que se le dé caución de que él quedara indemne. Pero si ya sufrió el daño, éste le será satisfecho; más si sin caución hubiera sido hecho común el precio, y hubiere dado alguna cosa el que vendió, si no todos los socios fueran solventes, ¿deberá tomar de los demás lo que no puede recobrase de algunos? Pero opina Próculo, que pertenece al cargo de los demás lo que no puede recobrase de algunos; y que con razón puede defenderse, porque cuando se contrae la sociedad, se constituye comunión tanto de ganancia, como de pérdida”, Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas,

Sin embargo, la obligación contraída por los *argentarius* afecta tanto para el propio banquero como para aquellos *argentarii* de forma solidaria en el ámbito contractual en el caso de la *societas argentaria*. Los documentos, textos y fuentes que reflejan la solidaridad de los *argentarii* tanto en su forma activa como pasiva son las siguientes:

Paulo, D. 2, 14, 24 *Libro III ad Plautium*:

*“Sed si fideiussor in rem suam spopondit, hoc casu fideiussor pro reo accipiendus est, et pactum cum eo factum cum reo factum esse videtur”*⁵⁷¹

Paulo, D. 2, 14, 25 *Libro III ad Edictum pr.*:

*“Idem in duobus reis promittendi, et duobus argentariis sociis”*⁵⁷²

Paulo, D. 2, 14, 27, *Libro III ad Edictum pr.*:

*“Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere; tantum enim constitum, ut solidum alter potere possit. Idem Labeo, nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur; sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi, quod crediderint, licet novare non possint; quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est”*⁵⁷³

Editor - Consejo de Ciento, nº 287, Barcelona, 1889, D. 17, 2, 67 libro XXXII. *ad Edictum*, pr., tomo I, p. 884.

⁵⁷¹ La traducción al castellano es: “Peri si el fiador prometió en cosa propia, en este caso el fiador debe ser considerado reo, y el pacto hecho con él se entiende haber sido hecho con el reo”, Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, nº 287, Barcelona, 1889, D. 2, 14, 24, tomo I, p. 282.

⁵⁷² La traducción al castellano es: “Lo mismo es respecto de dos reos de prometer, y de dos socios cambistas”, Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, nº 287, Barcelona, 1889, D. 2, 14, 25, tomo I, p. 282.

⁵⁷³ La traducción al castellano es: “Si uno de los socios cambistas hubiere pactado con un deudor, ¿perjudicará acaso también al otro la excepción? Neracio, Atilicino y Próculo dicen, que, ni aunque se hubiere pactado sobre una cosa, perjudica al otro; porque tan sólo se constituyó el pacto para que el primero pueda pedir el todo. Lo mismo dice Labeon, porque el otro ni aún puede hacer novación, aunque válidamente se le pague a él; porque así se paga válidamente también a aquellos que están en nuestra potestad lo que hubieren acreditado, aun cuando no puedan hacer novación; lo que es verdad. Y lo mismo ha de decirse respecto de dos reos de estipular”, Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, nº 287, Barcelona, 1889, D. 2, 14, 27, tomo I, pp. 282-283.

Paulo, D. 4, 8, 34, *Libro XIII ad Edictum* pr.:

“*Si duo rei sunt aut credendi, aut debendi, et unus compromiserit, isque vetitus sit petere, aut ne ab eo petatur, videndum est, an, si alius petat, vel ab alio petatur, poena committatur. Idem in duobus argentariis, quorum nomina simul cunt. Et fortasse poterimus ita fideiussoribus coniungere, si socii sunt; alias nec a te petitur, nec ego peto, nec meo nomine petitur, licet a te petatur*”⁵⁷⁴

y en fuentes literarias como en *Rhetorica ad Herennium*. Libri Sex⁵⁷⁵:

“*Consuetudine ius est id, quod sine lege aeque, ac si legitimum sit, usitatum est quod genus id quod argentario tuleris expensum, ab socio eius recte petere possis*”⁵⁷⁶

Algunos autores sostienen que la solidaridad de los banqueros socios deriva de la costumbre y dicha responsabilidad se convirtió en praxis bancaria debido seguramente a la *transcriptio nominum* que se anotaba en el *Codex accepti et expensi*⁵⁷⁷; el efecto de la solidaridad se debió a la inscripción de los nombres de los *socii argentarii* frente al deudor y con el consentimiento de éste. Es preciso destacar el surgimiento de una agrupación gremial promovida por los propios banqueros para la defensa de sus intereses⁵⁷⁸ pues el régimen especial aplicado a los *socii argentarii* materializado en la solidaridad activa y pasiva de los miembros de la *mensa argentaria* y la responsabilidad

⁵⁷⁴ La traducción al castellano es la siguiente: “Si son dos o los acreedores, o los deudores, y uno solo hubiere otorgado compromiso, y se hubiese prohibido que éste reclame, o que de él se pida, se ha de ver si se incurrirá en la pena si el otro pidiera, o si se reclamase del otro. Lo mismo, respecto a dos cambistas, cuyas cuentas van juntas. Y acaso también podremos añadir los fiadores, si son socios; de otra suerte, ni se pide de ti, ni yo pido, ni en mi nombre se pide, aunque se pida de ti”, Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, nº 287, Barcelona, 1889, D. 4, 8, 34 pr., tomo I, p. 406.

⁵⁷⁵ Marcus Tullius Cicerone, *La retorica a Gaio Erennio*, a cura di Filippo Cancelli, Arnoldo Mondadori ed., BSG&RM, Milano, 1998.

⁵⁷⁶ *Antología de Textos Latinos I*, selección y notas a cargo de Carolina Ponce y Leticia López, primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 457 y en Carmen Velasco García, “Algunas observaciones sobre la *societas argentaria*”, en *Historia, Instituciones, Documentos*, nº 12, 1985, p. 137.

⁵⁷⁷ Carmen Velasco García, “Algunas observaciones sobre la *societas argentaria*”, en *Historia, Instituciones, Documentos*, nº 12, 1985, p. 138.

⁵⁷⁸ Véase, a modo de ejemplo, la nueva constitución CXXVI sobre “Los contratos de los banqueros”, como también el edicto VII (“Pragmática y disposición sobre los contratos de los banqueros”) y el edicto IX, “De los contratos de los banqueros”, todos ellos en la época del emperador Justiniano e incluidos en las *Novelas* (véase *Cuerpo de derecho civil romano* (ya citado) tomo VI, pp. 479-483, 539-544 y 547-551). Referencias citadas en Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Madrid, Unión Editorial, 2002, cap. II, p. 50.

de los mismos con todo su patrimonio frente a los depósitos realizados en la entidad bancaria tiene una fundamentación muy débil y, como es obvio, pone en riesgo todo el sistema bancario. El criterio de la responsabilidad ilimitada de los socios banqueros no elimina la posibilidad de eliminar comportamientos imprudentes a través del ejercicio de una banca con reserva fraccionaria ya que los banqueros siempre se verán tentados a no respetar el *tantundem*, es decir, en términos bancarios la violación de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien.

2

EL NEGOCIO BANCARIO EN LA BAJA EDAD MEDIA

La banca en la baja Edad Media: el concepto de depósito en la Orden del Temple de Jerusalén

La Orden del Temple de Jerusalén⁵⁷⁹ fue fundada en 1119 para proteger a los diferentes peregrinos que efectuaban el camino entre Haifa -una ciudad israelí- y Jerusalén, por lo que llegó a ser una poderosa institución militar. Los miembros de la Orden del Temple -cuyos miembros son conocidos como caballeros templarios también- desarrollaron extensas actividades financieras desde el año 1147 y fueron los banqueros más importantes de la Europa del siglo XIII. Los templarios fueron arrestados en la mayoría de los reinos medievales en torno a Octubre del año 1307, juzgados por la inquisición, y abolidos por el Papa en el año 1312. Sin embargo, la caída del Temple ha sido un tema muy controvertido y estudiado por los historiadores y que se pudo deber a diferentes causas: a saber, un descenso fuerte de las donaciones a favor del Temple, competencia de nuevas órdenes mendicantes, mayor imposición del poder real o también la difícil situación militar en Tierra Santa, especialmente desde la derrota de La Forbie en 1244. Si bien estas causas mencionadas previamente son importantes y a reseñar, no se debe olvidar el papel desastroso de las finanzas francesas y la delicada situación financiera del Rey Felipe IV de Francia, conocido como Felipe el Hermoso, pues éste no fue capaz

⁵⁷⁹ Véase el completo trabajo realizado por Gonzalo Martínez Díez, *Los templarios en los reinos de España*, Editorial Planeta, Barcelona, 2001.

de generar las rentas necesarias para hacer frente a sus guerras⁵⁸⁰. El rey de Francia, Felipe el Hermoso, introdujo ciertas medidas problemáticas: exacciones múltiples, alteración del sistema monetario -abandono del sistema creado por San Luis (libras, escudos y denarios)- y sus equivalencias -la emisión del nuevo dinero no coincidía con su valor en gramos de plata, etc.-. Estas medidas produjeron una inflación monstruosa que estuvo acompañada por una carestía y escasez de los metales preciosos. Según Malcolm Barber, la necesidad de encontrar financiación y nuevos ingresos a corto plazo motivó la caída del temple y el arresto de los templarios en el año 1307⁵⁸¹. La tesis de Barber se fundamenta en el hecho de que Felipe IV de Francia va arrestando a aquellos grupos profesionales que ofrecen servicios financieros que él mismo utiliza: por ejemplo, Felipe el Hermoso utilizó activamente los servicios financieros de los banqueros florentinos que manda arrestar en 1291, atrapando sus bienes y expulsándolos como también sucede el mismo caso con los judíos, con expulsiones parciales en 1295 y expulsiones totales en 1306, resultando su propiedad privada requisada. Por tanto, el caso de los templarios ofrece características similares a los anteriores: eran impopulares, ricos, muy bien situados en la administración real financiera y actuaba como banquero y depositario del Tesoro Real⁵⁸². En definitiva, las acusaciones de Felipe IV contra los templarios respecto a su renuncia a Cristo y a la fe católica son cuestiones menores y no es el tema principal a debatir, sino que, por lo contrario, la caída de la Orden del Temple⁵⁸³ vino motivada por la necesidad de encontrar plata para aprovisionar a las cecas reales y así volver a una moneda fuerte pues seguramente el famoso tesoro del Temple fue fundido en las cecas de Felipe IV de Francia hacia 1308⁵⁸⁴. El papel protagonizado por esta Orden militar suscitó envidias y

⁵⁸⁰ Malcolm Barber, *The Trial of the Templars*, Cambridge University Press, 1993, pp.33-38, obra citada en la nota a pie de página número 4 del extraordinario trabajo de Ignacio de la Torre Muñoz Morales, *Los Templarios y el origen de la banca*, Editorial Dilema, Madrid, 2004, cap. X, p. 252.

⁵⁸¹ Malcolm Barber, *The Trial of the Templars*, Cambridge University Press, 1993, p. 39, obra citada en la nota a pie de página número 5 del trabajo de Ignacio de la Torre Muñoz Morales, *Los Templarios y el origen de la banca*, Editorial Dilema, Madrid, 2004, cap. X, p. 253.

⁵⁸² Ignacio de la Torre Muñoz Morales, *Los Templarios y el origen de la banca*, Editorial Dilema, Madrid, 2004, cap. X, pp. 252-253.

⁵⁸³ Véase el libro de J. Piquet, *Des banquiers au Moyen Age: les Templiers, Étude de leurs opérations financières*, París 1939, que es citado por Henri Pirenne en su *Historia económica y social de la Edad Media*, Fondo de Cultura Económica, Madrid 1974, especialmente las pp. 102 y 226

⁵⁸⁴ Ignacio de la Torre Muñoz Morales, *Los Templarios y el origen de la banca*, Editorial Dilema, Madrid, 2004, cap. X, pp. 254-255.

conspiraciones por toda Europa hasta que su último Maestre, Jacques de Molay, fue quemado vivo en la hoguera, cerca del actual Pont Neuf, en la ciudad de París.

Según Ignacio de la Torre Muñoz Morales, la estimación de los recursos económicos y la acumulación monetaria previa de los templarios es un paso vital previo para el ejercicio de la actividad bancaria y su posible cálculo (mediante deducciones) sobre el origen y destino de los fondos obtenidos por la Orden “arrojaría bastante luz sobre el por qué los templarios empezaron a utilizar sus recursos en operaciones financieras”⁵⁸⁵. El papel protagonista de las órdenes militares hizo sombra a las grandes casas de banca italianas y en palabras de Seward, la Orden del Temple tuvo un rol sobresaliente puesto que “[...] ninguna otra institución medieval ha hecho tanto para el auge del capitalismo”⁵⁸⁶. La Orden del Temple tenía cierta confianza general en el público y ofrecía una amplia seguridad en la custodia de los depósitos de particulares, tanto regulares como irregulares, mediante los diversos servicios financieros profesionales ofrecidos por éstos. El artículo 628 de la regla de la Orden es interesante porque muestra el celo de la orden en la correcta administración y contabilidad⁵⁸⁷. Por ejemplo, de los *retrais* del maestre cabe destacar el 81 que dice “el maestre no puede mantener el candado o la llave del tesoro, pero puede tener una caja fuerte con cerradura en el tesoro en la cual guardar sus objetos de valor”, que señala la posibilidad de que el maestre tuviera un “tesoro particular” como la base de sus préstamos⁵⁸⁸. El cruzado Joinville⁵⁸⁹

⁵⁸⁵ Ignacio de la Torre Muñoz Morales, *Los Templarios y el origen de la banca*, Editorial Dilema, Madrid, 2004, cap. II, p. 34.

⁵⁸⁶ Desmond Seward, *The Monks of War*, Penguin, 1995, p. 222, obra citada en la nota a pie de página número 49 en Ignacio de la Torre Muñoz Morales, *Los Templarios y el origen de la banca*, Editorial Dilema, Madrid, 2004, cap. II, pp. 35.

⁵⁸⁷ La primera documentación que señalamos como relevante es la regla de la Orden. Ésta se divide en la “regla primitiva”, del siglo XII (1129), que contiene los primeros 76 artículos y los *retrais*, o extensión de la regla primitiva (conteniendo el resto de los artículos), conservadas en obras del siglo XIII, aunque sus partes más relevantes para nuestro estudio (como la organización jerárquica de la Orden, cláusulas 77 a 223) son ciertamente de antes de 1187, y probablemente de 1165, es decir, antes de la caída del primer reino de Jerusalén. Véase la obra J. J. Upton-Ward, *The Rule of the Templars*, Boydell Press, Suffolk, 1992, pp. 11 y 13, obra citada en las notas a pie de página números 30 y 31 en Ignacio de la Torre Muñoz Morales, *Los Templarios y el origen de la banca*, Editorial Dilema, Madrid, 2004, cap. II, pp. 30-31.

⁵⁸⁸ Según el artículo 82: “El maestre puede prestar los activos de la casa, hasta mil besantes con el consentimiento de un consejo de la casa, y si el maestre desea prestar una suma mayor, lo puede hacer con el consentimiento de un grupo más numeroso de hombres de confianza de la casa. Y el maestre puede dar cien besantes o un caballo a un amigo noble de la casa, también un vaso de oro o plata, y un vestido lujoso u otro objeto valioso, de valor de besantes o menos, para el beneficio de la casa. Y el maestre debe hacer esto solo con el consentimiento de sus compañeros y los hombres de confianza de la casa donde él se encuentra, y debería hacerlo por el beneficio de la casa. Y todas las armas pueden ser dadas, excepto la

nos narra el famoso caso en el que San Luis, falto de dinero para pagar el rescate prometido a los musulmanes tras la derrota de Mansurah, ordena abrir varios de los cofres que los templarios mantenían en una galera que actuaba como “sucursal flotante” y que mantenía los depósitos de numerosos individuos, obteniendo así 30.000 libras necesarias para pagar su rescate⁵⁹⁰. Este hecho es importante (aprehensión de San Luis) pues muestra que, ya avanzado el siglo XIII, los templarios mantenían el contenido del *tantundem* intactos y sus depósitos no estaban en circulación. Sin embargo, hasta los propios miembros de la Orden del Temple, no llegaron a respetar en momento muy puntuales la custodia del *tantundem* del contrato jurídico del depósito irregular de dinero y, por ende, la exigencia de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien. Así en 1250, al recibir Joinville 4.000 libras como paga por parte de Luis IX, se queda con cuarenta y deposita el resto con los templarios, y al ir a retirarlo el comendador le informa de que no tenía el dinero. Al quejarse al maestre Reginaldo de Vichiers, éste le incita a retirar su demanda. Al persistir, el maestre, a los cuatro días, le devuelve su dinero⁵⁹¹. Naturalmente, es difícil imaginar que Joinville recibiera las mismas monedas depositadas pero sí unas cuantía de la misma calidad y cantidad, esto es, la materialización del elemento de la custodia del *tantundem* bajo un coeficiente de reserva fraccionaria del cien por cien para la emisión de depósitos a la vista y sus equivalentes. Es más, las casas templarias fueron utilizadas para realizar pagos, previo a lo cual se realizaba un depósito afecto al pago de una determinada obligación⁵⁹², lo que

lanza y cota de malla, éstas nunca pueden ser dadas”, Ignacio de la Torre Muñoz Morales, *Los Templarios y el origen de la banca*, Editorial Dilema, Madrid, 2004, cap. II, pp. 31-32. Se puede observar en este *retrai* varios puntos: primero; que el maestre tenía la facultad extrínseca reconocida para prestar dinero u objetos de valor; segundo, la necesidad estatutaria de consultar a un consejo cuando se trata de un préstamo de valor considerable y, tercero, la inclusión de la expresión “para el beneficio de la orden”.

⁵⁸⁹ Joinville, *The Life of Saint Louis*, Penguin, s.f., p. 258, obra citada en la nota a pie de página número 53 en Ignacio de la Torre Muñoz Morales, *Los Templarios y el origen de la banca*, Editorial Dilema, Madrid, 2004, cap. III, p.51.

⁵⁹⁰ Joinville, *The Life of Saint Louis*, Penguin, s.f., p. 258, obra citada en la nota a pie de página número 54 en Ignacio de la Torre Muñoz Morales, *Los Templarios y el origen de la banca*, Editorial Dilema, Madrid, 2004, cap. III, p.51.

⁵⁹¹ D. M. Metcalf, “The Templars as bankers and monetary transfers between west and east in the 12th century”, *Coinage in the Latin East*, “The fourth Oxford symposium on coinage and monetary history”, *British Archaeological Reports*, P.W. Edbury y D. M. Metcalf (eds.), Oxford, 1980, p.1; Joinville, *The Life of Saint Louis*, Penguin, s.f., p. 267; obras citadas en la nota a pie de página número 57 en Ignacio de la Torre Muñoz Morales, *Los Templarios y el origen de la banca*, Editorial Dilema, Madrid, 2004, cap. III, p. 52.

⁵⁹² Archivo de la Corona de Aragón (Barcelona) ACA, Archivo del Gran Priorato de Cataluña AGP, n° 115, p. 38, trabajo citado en la nota a pie de página número 62 en Ignacio de la Torre Muñoz Morales, *Los Templarios y el origen de la banca*, Editorial Dilema, Madrid, 2004, cap. III, p. 53.

significa la no creación de préstamos en forma de depósito y la obligación del mantenimiento del *tantundem* y de un coeficiente de caja del cien por cien. Por ejemplo, en 1280, sabemos que el Temple fue utilizado para depositar la dote de un matrimonio⁵⁹³. Además, realizaron préstamos con cargo a sus propios recursos, es decir, sin violar el principio de custodia sobre lo que les había sido depositado a la vista. En este sentido, Forey⁵⁹⁴ afirma que es difícil encontrar evidencia positiva de que las órdenes prestaron el dinero que se les depositaba, y que incluso la evidencia de que se dispone contradice esta teoría. Por ejemplo, comenta que en Aragón, las fuentes templarias se referían a depósitos de “demanda”, en vez de “tiempo”. Algunos depósitos genoveses sin embargo, al poseer la característica de “a plazo”, se podían utilizar sin apercibimiento, lo que facilitaba el tráfico de banca. Por otra parte, las aprehensiones, como la de 1258 muestran depósitos regulares, en vez de irregulares (al observar que los depósitos se mantenían en cofres cerrados con llave). Se debe llamar la atención sobre el hecho de que Forey sustenta esta opinión en base a la evidencia financiera recogida en su estudio de los templarios aragoneses por lo que puede limitar el alcance de su conclusión⁵⁹⁵. En cualquier caso, es interesante la reflexión de Forey de que los documentos sobre los préstamos encontrados sólo muestran una pequeña parte de los créditos llevados a cabo, ya que una vez repagados no hacía falta conservar el documento (especialmente los de carácter privado, ya que los de la Corona quedaban registrados en los archivos públicos) y, en parte, puede explicar cierta insuficiencia documental.

⁵⁹³ Conde Augusto Arturo Beugnot, *Les Olim ou registres de arrêts rendus à la cour du roi sous les règnes de St. Louis, de Philippe le Hardi, de Philippe le Bel, de Louis le Hutin, et de Philippe le Long*, París, 3 tomos en 4 volúmenes, 1839-1848 (reimpr. 1977), *Olim II*, nº 170, obra citada en la nota a pie de página número 63 en Ignacio de la Torre Muñoz Morales, *Los Templarios y el origen de la banca*, Editorial Dilema, Madrid, 2004, cap. III, p. 53.

⁵⁹⁴ A. J. Forey, *The Military Orders, from the twelfth to the early fourteenth centuries*, University of Toronto, Toronto, 1992, p. 117; A. J. Forey, *The Templars in the Corona de Aragón*, Oxford University Press, Oxford, 1973, p. 248, obras citadas en la nota a pie de página número 50 en Ignacio de la Torre Muñoz Morales, *Los Templarios y el origen de la banca*, Editorial Dilema, Madrid, 2004, p. 361.

⁵⁹⁵ Por su parte, Demurger afirma con rotundidad que el Temple hacía trabajar el dinero en depósito, y pasa a la gestión activa de los mismos (pero no aporta documentos). Según este autor, es al cambiar las circunstancias militares (a partir del segundo tercio del siglo XIII), cuando el Temple pasa a ser deudor importante de la banca italiana. Nos permitimos llamar la atención de que, para afirmar esta idea, aporta una operación de 1244 en la que el Temple se endeuda con una casa italiana, lo que puede ser ilustrativo (ya que en ese año se produjo la decisiva batalla de La Forbie, en la que el ejército cruzado fue aniquilado), véase Alain Demurger, *Auge y Caída de los Templarios*, Madrid, 1986, p. 176, obra citada en la nota a pie de página número 51 en Ignacio de la Torre Muñoz Morales, *Los Templarios y el origen de la banca*, Editorial Dilema, Madrid, 2004, p. 362.

El renacimiento de la banca de depósito en la Europa mediterránea: la aportación de A. P. Usher

Como se contemplará en los siguientes epígrafes, hay un resurgimiento de la actividad comercial y mercantil en las ciudades italianas de Venecia y Florencia desde finales del siglo XI y principios del siglo XII. El sector financiero y bancario comenzó a tener un papel destacado para acompañar el ímpetu empresarial de los ciudadanos y ajustar la inversión y el ahorro real de la sociedad de un modo sano y sostenible. De hecho, los banqueros comenzaron respetando los principios tradicionales del derecho desde el primer momento y emprendieron la actividad del negocio bancario respetando la custodia y guarda del *tantundem* del dinero que les era depositado a la vista en forma de depósitos irregulares de dinero. Por contra, aquellos clientes que entregaban una cantidad de sumas monetarias en forma de contratos de préstamo o mutuo (más conocido como depósito a plazo) perdían la disponibilidad y la propiedad del dinero entregado a los banqueros hasta la finalización del plazo pactado⁵⁹⁶. Lentamente, los banqueros comenzaron a violar los principios generales del derecho y a violar el elemento principal de guarda y custodia que caracteriza a cualquier depósito regular e irregular, esto es, apropiarse del dinero depositado a la vista de manera fraudulenta y, por tanto, actuar con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria. Las autoridades públicas no cumplen con su función de aplicar los principios tradicionales del Derecho sino que incentivan y conceden privilegios, autorizaciones y licencias administrativas para aprovecharse de fácil financiación en forma de préstamos y de grandes ingresos fiscales hasta el punto de llegar a crear bancos de tipo público (como la Casa de San Jorge en Genova, la *Taula de Canvi* o Banco de Depósito de Barcelona, el Banco de

⁵⁹⁶ “Al menos en teoría, (en la Edad Media) los primeros bancos de depósito no eran bancos de descuento ni de préstamo. No crearon dinero, sino que utilizaban un sistema de reservas al 100 por cien, tal como algunos monetaristas de hoy querrían ver establecerse. Los giros en descubierto (saldos deudores) estaban prohibidos. En la práctica, las normas se mostraron de difícil mantenimiento, especialmente ante casos de emergencia pública. La Taula de Valencia estuvo a punto, en 1567, de utilizar el tesoro en ella depositado para comprar trigo para la ciudad. Se hicieron adelantos ilegales a los funcionarios de la ciudad en 1590, y en varias ocasiones a la ciudad misma”, Charles P. Kindleberger, *Historia financiera de Europa*, traducido al español por Antonio Mendiña y Juan Tudores, con la colaboración de Jordi Beltrán y Lidia Lumpuy, y publicada por Editorial Crítica, Barcelona 2011, p. 68.

Amsterdam y otros mencionados en los epígrafes siguientes)⁵⁹⁷. El historiador Raymond de Roover escribió un estudio titulado *The Early History of Deposit Banking in Mediterranean Europe*⁵⁹⁸ en la cual estudia cómo muchos banqueros comenzaron a apropiarse del dinero que les era depositado a la vista, actuando con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria y generando una expansión del crédito sin base de ahorro real. De Roover manifiesta que uno de los elementos más importantes de la historia de la actividad bancaria es el surgimiento del negocio bancario con reserva fraccionaria y no el surgimiento de la banca de emisión ya que ésta nació posteriormente con el banco de Estocolmo en el siglo XVII. Así, Abbott Payson Usher expone que “the history of banks of issue has, until latterly, obscured the importance of due deposit banking in all its forms, whether primitive or modern” y añade que los economistas han prestado mucho más atención a los bancos de emisión que a los bancos de depósito, puesto que “the demand for currency, and the theoretical interests created by the problem, did much to foster misconceptions on the relative importance of notes and deposits. Just as French diplomats ‘discovered’ the Pyrenees in the diplomatic crisis of the eighteenth century, so banking theorists ‘discovered’ deposits in the midnineteenth century”⁵⁹⁹. Parece obvio que A.B. Usher, y de igual modo el profesor Jesús Huerta de Soto, sostiene que el surgimiento de la banca con reserva fraccionaria, resultado de la violación de los principios generales del derecho y el respaldo otorgado por las autoridades públicas correspondientes, es el marco institucional primigenio de la banca moderna pues el nacimiento de la banca de emisión surgió mucho tiempo después.

⁵⁹⁷ El derecho islámico mantuvo la condena de la utilización en beneficio propio del dinero recibido en forma de depósito irregular en la península ibérica durante la etapa del medievo. El jurista árabe-español Ibn Abí Zayd, conocido como *Al-Qayrawání*, expone el siguiente principio jurídico: “El que utilice abusivamente del objeto de depósito responderá por él. Si se trata de dinares -dinero-, los cuales son devueltos en su bolsa, y se aprecia una disminución, hay diversidad de puntos de vista sobre su garantía. *El que comercie con un depósito realiza un acto reprehensible, pero la ganancia será suya, si se trata de dinero contante*”, véase Véase el Jesús Riosalido Gambotti, *Compendio de Derecho Islámico (Risala fil-l Fiqh)*, Editorial Trotta, Madrid, 1993, capítulo “Derecho comparado”, pp. 130 y 214-215, (las cursivas son mías).

⁵⁹⁸ A.P. Usher, *The Early History of Deposit Banking in Mediterranean Europe*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1943.

⁵⁹⁹ Véase A.P. Usher, *The Early History of Deposit Banking in Mediterranean Europe*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1943. pp. 9 y 192, citado en Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 53.

La prohibición canónica de la usura: origen y desarrollo histórico

La usura y el interés⁶⁰⁰ ha sido uno de los pilares centrales en la historia de las doctrinas económicas y de la teología moral. Uno de los elementos que contribuyó a cierta confusión en torno al funcionamiento del sistema bancario y financiera de la Edad Media fue producido por la prohibición canónica de la usura en las tres grandes religiones monoteistas de modo generalizado: la judía, la mahometana y la cristiana. La historiadora Marjorie Grice-Hutchinson ha realizado un estudio detallado acerca de las consecuencias de la prohibición del tipo de interés⁶⁰¹ durante este período histórico⁶⁰². Desafortunadamente, la iglesia católica condenó el préstamo con interés, por lo que los judíos encontraron campo libre para ejercer el oficio proscrito a los cristianos dentro de su religión y de conformidad con su temperamento⁶⁰³. El historiador estadounidense Harry Elmer Barnes indica que “Hasta el siglo XIII, la mayor parte de la actividad financiera estuvo en manos de los judíos y otras gentes no cristianas usualmente del Próximo Oriente. Para estos infieles, desde el punto de vista cristiano, no había salvación posible y las prohibiciones económicas de la Iglesia no les afectaban...El odio a los judíos procede, en parte, de las gentes que tuvieron que pagar tipos elevados, en tanto que los monarcas y príncipes, aunque menos airados, obtenían provechos de la explotación de este grupo más o menos desvalido”⁶⁰⁴. Pues bien, de acuerdo con la doctrina de los concilios, al parecer el concilio de Nicea prohibió a los clérigos percibir interés por el dinero prestado bajo pena de remoción del cargo en el año 325. Después, el concilio II de Letrán (1139) condena “la detestable e ignominiosa rapacidad de los prestamistas, rechazada por las leyes humanas y divinas por medio de la Escritura en el Antiguo y Nuevo Testamento” y declara infames a los usureros a los cuales priva de

⁶⁰⁰ Véase el interesante estudio sobre los préstamos y la usura en Odd Langholm, *The Legacy of Scholasticism in Economic Thought*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, cap. II, pp. 59-74.

⁶⁰¹ Véase el libro de Lucas Beltrán, *Historia de las doctrinas económicas*, Editorial Teide, Barcelona, 1961, cap. II, pp. 18-19.

⁶⁰² Marjorie Grice-Hutchinson, *El pensamiento económico en España (1177-1740)*, traducción española de Carlos Rochar y revisión de Joaquín Sempere, Editorial Crítica, Barcelona 1982, cap. I, “El encubrimiento de la usura”, pp. 13-80.

⁶⁰³ Rafael Gay de Montellá, *Tratado de la Legislación Bancaria Española: Legislación y Jurisprudencia comercial, civil y fiscal y comentarios*, Tercera edición corregida y aumentada, Tomo I, Editorial Bosch, 1953, cap. I, pp. 20 y 21.

⁶⁰⁴ Harry Elmer Barnes, *Historia de la economía del Mundo Occidental hasta principios de la Segunda Guerra Mundial*, traducida al español por Florencio Muñoz, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México 1967, p. 218.

sepultura eclesiástica si no se arrepienten antes (Dz 365)⁶⁰⁵. El papa Urbano III juzga usurero a todo aquel que, dispuesto a no prestar de otra forma, da dinero a crédito con la intención de recibir más del capital y lo obliga a restituir la plusvalía (Dz 403) según la Carta *Consuluit nos* (1185). Además, el concilio de Vienne (1311-1312) decreta que sea castigado como hereje aquel que cayere en el error de pretender afirmar pertinazmente que ejercer las usuras no es pecado (Dz 479). Este último concilio marca el punto álgido en la prohibición de todo préstamo a interés por ser usurario⁶⁰⁶.

Parece obvio que la prohibición canónica de la usura supuso un grado de complejidad mayor al problema de la actividad bancaria durante la Edad Media si bien en tanto en cuanto los banqueros desarrollaran la actividad de concesión de préstamos con cargo a otros préstamos⁶⁰⁷ (“depósitos” a plazo) recibidos anteriormente por parte de sus clientes, respaldados con ahorro previo y actuaran como puros intermediarios financieros, su actividad profesional se elaboraría legítimamente, sin generar expansiones crediticias sin base de ahorro real y producirían un crecimiento duradero y sostenible. A partir del siglo XV, asistimos a un pequeño cambio: el préstamo a interés deberá seguir siendo gratuito pero habrá algunos artilugios o contratos jurídicos peculiares⁶⁰⁸ como el de censo⁶⁰⁹, *contractus trinus*, Montes de Piedad, dinero “dado en

⁶⁰⁵ Estas citas y las siguientes del Magisterio de la Iglesia se pueden encontrar en Enrique Denzinger, *Manual de los símbolos, definiciones y declaraciones de la Iglesia en materia de fe y costumbres*, Editorial Herder, Barcelona, 1963.

⁶⁰⁶ Abelardo del Vigo, *Economía y ética en el siglo XVI*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2006, segunda parte, cap. V, p. 383.

⁶⁰⁷ Véase el interesante artículo de Philipp Bagus y David Howden, “The Legitimacy of Loan Maturity Mismatching: A Risky, but not Fraudulent, Undertaking”, *Journal of Business Ethics*, 2009, 90, 399-406.

⁶⁰⁸ Véase las obras de Jean Imbert, en su *Historia Económica (de los orígenes a 1789)*, traducción del francés de Armando Sáez y revisión de la traducción y puesta al día de la Bibliografía por Jaimes Sobrequés y Manuel Feliú, Editorial Vicens-Vives, Barcelona 1971, segunda parte, cap. II, pp. 157-158, citado en la obra de Henri Pirenne, *Historia económica y social de la Edad Media*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1974, pp. 104 y 105. Jean Imbert menciona que el préstamo de dinero con interés se ocultaba mediante: a) contratos ficticios (como el de retroventa o la caución inmobiliaria); b) cláusulas penales (que disfrazaban de sanciones monetarias el pago de intereses); c) declaraciones falsas de la suma prestada (el prestatario se comprometía a devolver una cantidad sin interés de un importe superior al que realmente se le había prestado en un principio); d) operaciones de cambio (en las cuales se incluía un recargo por intereses); y e) censos o rentas constituidas (se trataba de rentas vitalicias en las que se incluía no sólo una parte correspondiente a la devolución del capital, sino también una parte correspondiente a intereses). Jean Imbert no menciona expresamente el *depositum confessatum* que, sin embargo, fue uno de los procedimientos más utilizados para justificar el cobro de intereses y que podemos incluir en su categoría b) de “cláusulas penales”. Por su parte Abelardo del Vigo destaca otro contrato peculiar practicado en el siglo XVI denominado “préstamo amistoso” el cual era un documento suscrito ante notario, en virtud del cual el deudor se comprometía a pagar al acreedor una determinada cantidad de

bolsa”⁶¹⁰ y el *depositum confessatum* en los que será perfectamente lícito encubrir un contrato de préstamo y percibir el pago de intereses por el dinero prestado. Calixto III constata y alaba el arraigo y la costumbre existente confirmando una Bula anterior de Martín V sobre esta materia en la Constitución *Regimini universalis* de 1455 en la cual se expone que “en diversas partes de Alemania para común utilidad de las gentes entre los habitantes de aquellas regiones “la práctica habitual de los contratos de censo, y declara, “para quitar toda duda de ambigüedad en este asunto, que dichos contratos son lícitos y conforme al derecho” (Dz 716). Finalmente, el concilio V de Letrán (1515), ya en tiempos de Lutero, aprueba el interés moderado cobrado, además del capital, por los Montes de Piedad⁶¹¹ únicamente para costear los gastos de los empleados y asegurar su

dinero que éste primero le había adelantado “por le hace placer y buena obra”, como entonces se decía. En esta escritura no se indicaba nada sobre el pago de algún interés al prestamista, pero cabe imaginar que aquél se ocultaba en la diferencia entre la cantidad de dinero recibida y la suscrita en el contrato, siempre a favor del prestamista. El “préstamo amistoso”, que anteriormente había sido utilizado por los campesinos ricos, a partir del siglo XVI, a causa de la rentabilidad de la agricultura, se convierte en un medio eficaz de lucro en manos de la burguesía urbana, véase Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, primera parte, cap. II, pp. 42-43.

⁶⁰⁹ El profesor Pedro Schwartz comenta atinadamente las observaciones de Francisco de Vitoria entre el contrato de censo (transmisión de la disponibilidad y propiedad) y el contrato de un depósito de dinero a la vista (no hay transmisión de la disponibilidad y propiedad). Francisco de Vitoria acusa de usura a aquel depositante que perciba una renta por parte del depositario y, precisamente, en caso contrario, el depositante es el sujeto que debe pagar al depositario por la guarda y custodia del dinero depositado. El profesor Schwartz lo expone del siguiente modo: “Mencionaré, sin embargo, la aceptación por Vitoria del contrato de censo, doctrina ya delineada por Raimundo de Peñafort. No consideraba usurario el “censo perpetuo” cuando se trataba de contratar una pensión con el traspaso de la propiedad de un bien inmueble o una suma de dinero a quien se obligaba al pago de la suma anual. Tampoco lo condenaba como usura disimulada cuando el censo consistía en un traspaso temporal o “censo al quitar”, que el obligado a pagar la pensión (o vendedor del censo) podía redimir en cualquier momento; devolviendo cuando le pluguere el bien o suma transferidos. *Sí era usura, en cambio, lo que hoy llamaríamos “depósito a la vista”, es decir, cuando el que el depositante del bien sobre el que se pagaba la renta (o comprador del censo) podía retirar el depósito a voluntad: ¡cortaba un pelo en el aire nuestro teólogo revelador de usuras de Salamanca!*”, Pedro Schwartz Girón, “El legado de la escuela de economía de Salamanca: una estimación actual” en *Estudios de historia y de pensamiento económico: homenaje al profesor Francisco Bustelo García del Real*, Editorial Complutense, Madrid, 2003, primera parte, p. 37, (las cursivas son mías).

⁶¹⁰ Antonio Miguel Bernal Rodríguez destaca lo siguiente respecto a este figura jurídica propia de Amberes: “Falta en la de Sevilla lo que en Amberes se denomina el dinero “dado en bolsa”, a finanzas, como si fuera depósito cuando en realidad era un préstamo encubierto respaldado por obligaciones emitidas por los recaudadores de rentas de la Corona, amortizables a corto, modalidad que apenas floreciera en el ámbito financiero y bancario castellano”, “Banca, remesas, moneda, compradores de oro y plata y comercio colonial” en *Dinero, moneda y crédito en la monarquía hispánica*, edición a cargo de Antonio Miguel Bernal Rodríguez, Marcial Pons-Ediciones de Historia Fundación ICO, Madrid, 2000, sesión V, p. 636, nota a pie de página número 64, (las cursivas son mías).

⁶¹¹ Concretamente Luigi de Rosa comenta los privilegios concedidos al Monte de Piedad de Nápoles pues éste último no sólo obtuvo el favor de poder emitir *cartas de crédito* sino “sobre todo, las ventajas que se le ofrecían al mismo Monte de Piedad [de Nápoles] de poder invertir en renta pública los capitales que habían recibido en depósito”, Luigi de Rosa, “De la moneda de metal al papel moneda (cartas de crédito) en el Reino de Nápoles: El papel de los bancos públicos” en *Dinero, moneda y crédito en la monarquía*

conservación puesto que esta clase de préstamo a interés “es meritorio y debe ser alabado y aprobado y en modo alguno ser tenido por usurario” (Dz 739)⁶¹². No obstante, el tardío reconocimiento final de la legitimidad económica y jurídica del interés por parte de la Iglesia no debe ser entendido como el reconocimiento definitivo de la actuación del negocio bancario hasta el momento sino solamente aquella parte del mismo basado en la concesión de préstamos con cargos a préstamos previamente, esto es, con ahorro real previo. La aprobación legítima del interés por parte de la doctrina social de la Iglesia Católica⁶¹³ no presume la aprobación de la actividad bancaria con un

hispánica, edición a cargo de Antonio Miguel Bernal Rodríguez, Marcial Pons-Ediciones de Historia Fundación ICO, Madrid, 2000, sesión V, p. 668, (las cursivas son mías). Además Luigi de Rosa, citando a Marco Antonio de Santis en su *Secondo Discorso*, expone cómo fue la expansión de crédito y el uso de coeficiente de caja de reserva fraccionaria por parte de estos bancos públicos hasta la quiebra de estas mismas entidades bancarias a principios del XVII del siguiente modo: “lo que se paga[ba] y cobra[ba] en un día [mediante las cartas de crédito] no se ha[ría] en un mes de metálico” y puesto que estas entidades pías concedían la “comodidad tan fácil de pagar con un escrito, no llega[ba] a sentirse la falta que ha[bía] de moneda” pues si los banqueros privados para los tiempos pasados “tenían por afrenta no pagar con grandísima rapidez a quienes iban a por su dinero en contante, del que tenían siempre las cajas bien provistas”, los bancos públicos consideraban una “grandísima afrenta” si alguien iba a “pedir el pago en contante [incluso] de [sólo] 200 escudos”, Luigi de Rosa, “De la moneda de metal al papel moneda (cartas de crédito) en el Reino de Nápoles: El papel de los bancos públicos” en *Dinero, moneda y crédito en la monarquía hispánica*, edición a cargo de Antonio Miguel Bernal Rodríguez, Marcial Pons-Ediciones de Historia Fundación ICO, Madrid, 2000, sesión V, pp. 668 y 673-674. Por último, Luigi de Rosa indica que “por lo que se observa De Santis, está claro que hacia 1605 *los bancos públicos alimentaban una circulación creciente de cartas de crédito, es decir de papel moneda, y acrecentaban esta circulación no sólo en base a los depósitos que recibían de moneda metálica, y que sólo en parte devolvían a la circulación, sino también porque, a escondidas e ilegalmente, emitían cartas de crédito sin fondos, tanto a nombre del Gobierno o de la ciudad de Nápoles como a favor de los particulares, nobles o burgueses, mientras que para asegurar el cuadro formal del balance apuntaban falsos ingresos en cuentas específicas a nombre de los beneficiarios de las aperturas de crédito*”, Luigi de Rosa, “De la moneda de metal al papel moneda (cartas de crédito) en el Reino de Nápoles: El papel de los bancos públicos” en *Dinero, moneda y crédito en la monarquía hispánica*, edición a cargo de Antonio Miguel Bernal Rodríguez, Marcial Pons-Ediciones de Historia Fundación ICO, Madrid, 2000, sesión V, p. 674, (las cursivas son mías).

⁶¹² Abelardo del Vigo, *Economía y ética en el siglo XVI*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2006, segunda parte, cap. V, p. 384.

⁶¹³ El obispo Juan Bernal Díaz de Luco, organizador en el país vasco de las beneméritas “Arcas de Misericordia” contra la especulación y la usura, escribió una “Instrucción” en cuyo capítulo 27 afirma la licitud del préstamo de dinero a interés por los Montes de Piedad del siguiente modo: “Y queriendo satisfacer a los temerosos de conciencia que viendo esta nuestra carta y lo que en ella se dispone, podían dudar si es lícita cosa cobrar de las personas que toman prestado el pan de las arcas de misericordia el celemín de trigo o los diezmos que con cada fanega han de pagar que parece cosa ilícita....*decimos que esto está ya declarado por muchos santos y especialmente en el concilio latenarense, donde con mucha deliberación se determinó y declaró que los montes de piedad que existen en muchos pueblos de Italia, donde se dan dineros prestados como aquí se dan fanegas de trigo, con cierta cantidad que toman de más de los que recibieron para los gastos que en la administración de los dichos montes hacen, son lícitos y buenos, y en ellos no haber logro ni usura ni alguna especie de ella, antes los fundadores de ellos y los que administran, merecen mucho con Dios y son dignos de gran premio y como negocio piadoso y cristiano se puede y debe predicar a los pueblos, dándoles a entender cómo está aprobado como obra santa, pía y buena por muchos Sumos Pontífices, y cómo ganan los que a esto ayudan muchas*

coeficiente de caja de reserva fraccionaria, esto es, la apropiación indebida del dinero depositado a la vista en el banco⁶¹⁴.

La influencia del contrato jurídico denominado “*depositum confessatum*”

Es necesario reseñar que Santo Tomas de Aquino, doctor de la Iglesia, describió perfectamente la esencia del contrato jurídico de depósito en su *Summa Theologiae* en la cual afirma que “*la ley instituyó que se devuelvan los depósitos, porque esto es justo en la mayoría de los casos*”⁶¹⁵. Sin embargo, esta noción clásica de depósito de Santo Tomás de Aquino se fue desvirtuando poco a poco dado que uno de los instrumentos jurídicos utilizados para encubrir verdaderos contratos de préstamos y el pago de intereses se materializó con la forma de un contrato de depósito a la vista mediante el nombre de *depositum confessatum*. Como se ha visto en el capítulo I de este trabajo, el *Corpus Iuris Civilis* manifestaba que aquel depositario que no pudiera restituir

indulgencias concedidas por ellos, especialmente por el Papa Paulo II, Sixto IV, Inocencio VIII, Alejandro VI, Julio II, y, finalmente, por León X, con aprobación del Concilio Lateranense, donde se dió en testimonio de ello Bula Plomada”, véase el libro Antonio Martínez de Marigorta, *Una obra de Derecho Mercantil del siglo XVI, de Cristóbal de Villalón: Homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid y con motivos de su jubilación, al Catedrático de Derecho Mercantil de España y de las principales naciones de Europa y América, Excmo. Señor Dr. D. José María González de Echávarri y Vivanco*, Imprenta Castellana, Valladolid, 1945, comentario al capítulo III, pp. 132-133, (las cursivas son mías). Se puede consultar algunos estudios sobre el Obispo Juan Bernal Díaz de Luco en Tomás Marín Martínez, “La biblioteca del obispo Juan Bernal Díaz de Luco”, *Hispania Sacra*, 5, 1952, pp. 263-326 y también José López Yepes, “La Instrucción de las Arcas de Misericordia del Obispo Díaz de Luco (1495-1556)”, *Boletín de Documentación del Fondo para la Investigación Económica y Social*, vol. III, fascº. 1º, enero-marzo 1971, págs. 54-70. Igualmente interesante es la obra del agustino Felipe de la Cruz, *Tratado único de interés sobre si se puede llevar dinero por prestallo*, Francisco Martínez, Madrid, 1637.

⁶¹⁴ Bernard W. Dempsey S.J., *Interest and Usury*, American Council of Public Affairs, Washington D.C., 1943, p. 228.

⁶¹⁵ Alfonso García-Gallo cita lo siguiente en el volumen II de su *Manual de Historia del Derecho Español: Antología de fuentes del Antiguo Derecho*: “Santo Tomás de Aquino describe en su *Summa Theologiae* (a. 1268-1272) IIª-IIª, q. 120, art. 1: * [1] Como los actos humanos que las leyes regulan son singulares y contingentes, que pueden variar de infinitos modos, no fué posible establecer alguna regla de ley que no fuese deficiente en algún caso; pues los legisladores atienden a lo que ocurre en la mayoría de ellos y según esto hacen la ley. [2] Pero guardarlas en algunos casos es contrario a la igualdad de la Justicia y contrario al bien común que la ley procura. Así, la ley instituyó que se devuelvan los depósitos, porque esto es justo en la mayoría de los casos; pero puede ocurrir que alguna vez sea perjudicial, como si el furioso dió en depósito una espada y la pide en un acceso de furia: o si alguno reclama el depósito para combatir a la patria. Pues en estos y parecidos casos es malo seguir la ley establecida, y es bueno, prescindiendo de las palabras de la ley, lo que pide la razón de la Justicia y la utilidad común. [3] Y a esto se ordena la *epiqueya*, que entre nosotros se llama Equidad. Luego es evidente que la *epiqueya* es una virtud (ed. BAC 81, pp. 768-769)”, Alfonso García-Gallo, *Manual de Historia del Derecho Español II: Metodología histórico-jurídica y Antología de fuentes del Derecho Español*, cuarta edición revisada, Madrid, 1971, libro primero, cap. II, pp. 37-38, (las cursivas son mías).

inmediatamente el depósito, tendría la obligación de costear los intereses de mora a favor del depositante (*Digesto*, 16, 3, 25, 1) como también suponía la comisión de un delito de hurto por apropiación indebida. Este artilugio jurídico establecía que muchos individuos confesaran o declarasen expresamente que el contrato pactado era el de un contrato de depósito irregular de dinero en vez de un contrato de préstamo o mutuo. En efecto, el *depositum confessatum* es un depósito simulado que no fue un verdadero depósito de ninguna forma sino, por contraste, un contrato jurídico de préstamo en el cual la parte denominada depositante reclamaba su dinero y el depositario no facilitaba la entrega de la cosa depositada una vez transcurrido el plazo correspondiente. Así, el depositante declara en mora al depositario por no realizar la restitución de la cosa depositada y éste último era *forzosamente* condenado al pago de los intereses por no facilitar la devolución del depósito a tiempo, camuflando el verdadero motivo real, esto es, un verdadero contrato de préstamo. Este modo de actuar fue muy provechoso para distraer la atención de las autoridades eclesiásticas y burlar la prohibición canónica del interés efizcamente⁶¹⁶. De modo desafortunado la práctica de esta institución jurídica llamada *depositum confessatum* provocó una confusión doctrinal y teórica importante pues la distinción entre el contrato jurídico del depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo o mutuo fue borrosa y muy perjudicial. Un gran número de moralistas y estudiosos del derecho canónico centraron sus esfuerzos en descubrir aquellos “vestidos” jurídicos que ocultaban contratos de préstamo o mutuo indebidamente si bien estos eruditos no fueron capaces de identificar la naturaleza radical existente entre el contrato de depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo o mutuo⁶¹⁷, es decir,

⁶¹⁶ El historiador del derecho Bartolomé Clavero señala que debido a la conflictividad que provocaban las deudas “judeigas” respecto a las cuales se solicitaban continuamente -y en parte se obtenían- *remisiones y moratorias generales en beneficio de los cristianos*, la medida -la presunción de que todas las obligaciones establecidas entre judíos y cristianos eran usurarias- se considera desde los primeros Trastámaras, permitiéndose en 1395 tales obligaciones con ciertas reglas y juramentos; en el ordenamiento ya aludido de 1405 vuelve a prohibirse “carta alguna de obligación” entre cristiano y judío, “así por razón de enprestado como de compra, o de vendida, o de guarda, o de depósito, o de renta, o de otro contrabto qualquier”, véase Bartolomé Clavero, *Usura: del uso económico de la religión en la historia*, Editorial Tecnos - Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1984, cap. II, p. 42, nota a pie de página número 21 (las cursivas son mías).

⁶¹⁷ Esta confusión es la que se encuentra detrás del erróneo fallo judicial en el caso de *Isabetta Querini contra el Banco de Marino Vandelino* citado por Reinhold C. Mueller, *The Venetian Money Market: Banks, Panics, and the Public Debt, 1200-1500*, Johns Hopkins University Press, Baltimore 1997, pp. 12-13, citado en Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 58.

la causa o motivo esencial del depósito irregular es la guarda y custodia del *tantundem* siempre a disposición del depositante.

De este modo, las autoridades públicas, y en gran medida los banqueros, reconocen los beneficios enormes de esta perversa forma jurídica para percibir el pago ilegal de intereses simulando un contrato jurídico de préstamo o mutuo a través del ropaje de un contrato de depósito de dinero a la vista. Tanto es así que el Papa Pío V, ante la intensa actividad económica que tiene lugar en el siglo XVI, declara su reprobación sobre algunas modalidades de cambios y, sobre todo, a todo aquel depósito remunerado y fingido en la denominada Constitución “*In eam pro nostro*” el día 28 de enero de 1571 ya que entiende que “*A este mal [cualquier cambio simulado] es semejante el de entregar dinero a título de depósito o de cambio fingido, para ser luego restituido en el mismo lugar o en otro con intereses*”⁶¹⁸. Por tanto, la apropiación indebida del depósito y la actividad bancaria con reserva fraccionaria adquieren carta de naturaleza y desvirtúa la naturaleza jurídica propia de los depósitos a la vista que conllevará un grave desconocimiento teórico hasta la aportación doctrinal del jurista Pasquale Coppa-Zuccari⁶¹⁹. A continuación, se estudiará algunos casos históricos del negocio bancario

⁶¹⁸ Pío V expone sus reflexiones sobre algunas modalidades de cambios en la Constitución “*In eam pro nostro*”, de 28 de enero de 1571. Concretamente, se reprueban en la constitución pontificia “todos aquellos cambios que se llaman fingidos, que se efectúan de este modo: los contratantes simulan efectuar cambios para determinadas ferias, o sea para otros lugares; los que reciben el dinero entregan, en verdad sus letras de cambio con destino a aquellos lugares, pero no son enviadas o son enviadas de modo que, pasado el tiempo, se devuelven nulas al punto de procedencia o, también, que, sin entregar letra alguna de esta clase, se reclama finalmente el dinero con interés allí donde se había celebrado el contrato; porque entre los que daban y recibían se había convenido desde el principio, o ciertamente tal era su intención, y nadie hay que en las ferias o en los lugares antedichos efectúe el pago de las letras recibidas. *A este mal es semejante el de entregar dinero a título de depósito o de cambio fingido, para ser luego restituido en el mismo lugar o en otro con intereses*”, *Bullarum, diplomatum et privilegiorum SS. Romanorum Pontificum*, ed. Taurinensis 7 (Neapoli 1882), 736-738 (la constitución), citado en Antonio García García; Bernardo Alonso Rodríguez, “El pensamiento económico y el mundo del Derecho” en *El pensamiento económico en la Escuela de Salamanca*, editores Francisco Gómez Camacho S.I. y Ricardo Robledo Hernández, Ediciones Universidad de Salamanca, Fundación Duques de Soria, Salamanca, 1998, p. 79.

⁶¹⁹ El estudio del contrato jurídico del depósito irregular de dinero de Pasquale Coppa-Zuccari estudia el nacimiento de esta figura jurídica y los efectos del denominado *depositum confessatum* en la cual indica que “le condizioni legislative dei tempi rendevano fertile il terreno in cui il seme della discordia dottrinale cadeva. Il divieto degli interessi nel *mutuo* non valeva pel *deposito irregolare*. Qual meraviglia dunque se chi aveva denaro da impiegare fruttuosamente lo desse a deposito irregolare, *confessatum* se occorreva, e non a mutuo? Quel divieto degli interessi, che tanto addestrò il commercio a frodare la legge e la cui efficacia era nulla di fronte ad un mutuo dissimulato, conservò in vita questo ibrido istituto, e fece sì che il nome di *deposito* venissi imposto al mutuo, che non poteva chiamarsi col proprio nome, perchè esso avrebbe importato la nullità del patto relativo agli interessi”, Pasquale Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, Biblioteca dell’ Archivio Giuridico Filippo Serafini, vol. VI, Módena 1901, pp. 59-60, citado

en la Edad Media: la banca en la ciudad de Brujas en el siglo XIV, la banca florentina en los siglo XIV-XV, la Casa di San Giorgio, el banco de los Medicis, las Taula de Canvi Municipales, la banca veneziana en los siglos XIV-XVI y la crisis de la banca florentina en la segunda mitad del siglo XVI. En todos estos casos, como muy posiblemente en otros bancos durante la baja Edad Media, se copio el mismo sistema jurídico y bancario observado en Grecia y Roma. En un principio los bancos inician su actividad cumpliendo los principios generales del derecho según el *Corpus Iuris Civilis*, esto es, el reonomiento de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien que supone la guarda o custodia del *tantundem* del contenido del depósito. Posteriormente, los banqueros, con la complicidad íntima de los gobiernos, empiezan a hacer uso del dinero depositado a la vista concediendo préstamos y, por tanto, apropiándose indebidamente del dinero recibido como depósito a la vista. Así, pues, la banca comienza actuar con un coeficiente de reserva fraccionaria que expande el crédito sin una base de ahorro real, generando una burbuja inicial aparentemente positiva que inevitablemente dará lugar a una crisis financiera -imposibilidad de hacer frente a las masivas retiradas de depósitos por parte de los depositantes- y la necesaria crisis económica⁶²⁰.

en Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, pp. 58 y 59.

⁶²⁰ Tal y como menciona Jesús Huerta de Soto en su libro *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, resulta vergonzante el carácter secreto, abstracto, oculto, vergonzoso de la actividad bancaria y de las transacciones financieras en general. El papel de los bancos no cumple una verdadera intermediación financiera sino que son *verdaderos creadores de dinero* mediante el sistema de captación en forma de depósito y concesión de préstamos con cargos a estos primeros. En este sentido el economista Knut Wicksell declara que “in effect, and *contrary to the original plan*, the banks became credit institutions, instruments for increasing the supplies of a medium of exchange, or for imparting to the total stock of money, an increased velocity of circulation, physical or virtual. Giro banking continued as before, *though no actual stock of money existed to correspond with the total of deposit certificates*. So long, however, as people continued to believe that the existence of money in the banks was a necessary condition of the convertibility of the deposit certificates, *these loans had to remain a profound secret*. If they were discovered the bank lost the confidence of the public and was ruined, specially if the discovery was made at a time when the Government was not in a position to repay the advances”, véase Knut Wicksell en sus *Lectures on Political Economy*, vol. II: Money, Routledge & Kegan Paul, Londres 1950, pp. 74-75 (p. 257 de la edición española traducida por F. Sánchez Ramos y publicada por Aguilar, Madrid, 1947), citado todo ello en Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 59, (las cursivas de la cita del profesor Jesús Huerta de Soto son mías).

La banca del norte de Europa en el siglo XIV: el caso de la ciudad de Brujas y los banqueros Collard de Marke y Guillaume Ruyelle

El conocimiento de la historia de la banca en la ciudad de Brujas⁶²¹ durante el siglo XIV se conoce gracias a la aportación investigadora del historiador Raymond de Roover y que se ha publicado con el título de *Money, banking and credit in mediaeval Bruges*⁶²². Parecer ser que este tipo de depositarios denominados banqueros comenzaron a comprender la capacidad de un negocio particularmente lucrativo como es la banca comercial mediante el uso de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria en relación a los depósitos a la vista. Las prácticas financieras de la época atestiguan la violación de la custodia del *tantundem* de los depósitos irregulares de dinero en la ciudad de Flandes en la segunda mitad del siglo XIV. Raymond de Roover explica este proceso del siguiente modo: “As we have seen, it had become customary in Flanders, by the second quarter of the fourteenth century, for merchants and private individuals to deposit with the money-changers any cash which was not immediately needed. *The latter did not keep all this money safely locked up in their chests but used the greater part of it for their own purposes.* This was not a breach of confidence. The money-changers were indeed expected to meet every demand for repayment at the first request. But the specific coins originally placed on deposit need not be returned, only their equivalent in money. *In short, by the fourteenth century, the money-changers had expanded their business to include deposit banking*”⁶²³. En efecto, las autoridades medievales no dieron mucha importancia y consideración a las relaciones entre el dinero en efectivo - metálico- y el coeficiente de reserva fraccionaria de los bancos⁶²⁴. Este fenómeno tuvo

⁶²¹ Véase una breve descripción de la situación económica de la ciudad de bruja en Luis Suárez, *Historia Social y Económica de la Edad Media Europea*, Espasa-Calpe, Madrid, 1969, cap. XIX, pp. 330-333.

⁶²² Raymond de Roover, *Money, banking and credit in medieval Bruges*, The Medieval Academy of America, Cambridge, Massachussets, 1948.

⁶²³ Raymond de Roover, *Money, banking and credit in medieval Bruges*, The Medieval Academy of America, Cambridge, Massachussets, 1948, cap. XIII, p. 247, (las cursivas son mías).

⁶²⁴ Raymond de Roover explica este fenómeno de la siguiente manera: “By organizing a system of payments which was, in most cases, more expedient than the slow telling of imperfect coins, the money-changers performed a service of outstanding usefulness to the business community. They apparently received no compensation for this service, although it entailed additional expenses which were far from negligible. These expenses had to be met in one way or another. Money-changers could only do so by finding an income-yielding use for some of the money entrusted to their care, but they had to keep enough cash on hand to avoid being short of funds in case of unforeseen and sudden withdrawals. This principle is called the fractional reserve principle and is still today the “ABC” of commercial banking”, Raymond

que ser conocido entre los comerciantes como también por parte de acuñadores de moneda y otros financieros puesto que ha sido descrito por Giovanni di Antonio da Uzzano y por diferentes manuales de mercaderes previamente⁶²⁵. Por consiguiente, los cambistas de Brujas mantuvieron una pequeña fracción de sus pasivos en dinero en efectivo o a la vista y, consecuentemente, operaron con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria luego las decisiones de sus operaciones financieras eran vitales para no declararse en quiebra o quedarse sin reservas de dinero en efectivo⁶²⁶. Los libros de contabilidad de los banqueros Collard de Marke y Guillaume Ruyelle son prácticamente la única fuente de información disponible en relación a su política de inversión y concesión de préstamos de los bancos locales de la ciudad de Brujas de la época⁶²⁷.

Por ejemplo, los libros mayores del banquero-cambista Collard de Marke revelan que la concesión del número de préstamos o créditos al descubierto avanzó al mismo ritmo que esta expansión de su negocio bancario y la cantidad de préstamos o créditos al descubierto creció desde la cifra de 49 el día 6 de abril de 1366 hasta 117 créditos al descubierto concedidos el día 20 de mayo de 1369⁶²⁸. Por su parte, el estado financiero del banquero Guillaume Ruyelle revela una cifra de saldos en descubierto que suman una cantidad de £69 2s. 2d groat mientras que un total de £946 17s. groat se deben a los depositantes en el día 24 de Mayo de 1370. La relación de la cantidad de préstamos vs. depósitos es menos del 10 por ciento (concretamente un 7,3%) y el coeficiente de reserva fraccionaria, esto es, dinero en efectivo vs. depósitos, era del 29.3% por ciento⁶²⁹. Por contra, no se dispone de un estado financiero completo de Collard de Marke para distinguir los activos y pasivos del banco. Únicamente se dispone de una

de Roover, *Money, banking and credit in medieval Bruges*, The Medieval Academy of America, Cambridge, Massachussets, 1948, cap. XIV, p. 293.

⁶²⁵ Raymond de Roover, *Money, banking and credit in medieval Bruges*, The Medieval Academy of America, Cambridge, Massachussets, 1948, cap. XII, p. 237.

⁶²⁶ "As the money-changers of Bruges kept only part of their liabilities in cash and, consequently, operated on a fractional reserve principle, they had to manage their business in such a way that they neither became insolvent nor ran out of cash", Raymond de Roover, *Money, banking and credit in medieval Bruges*, The Medieval Academy of America, Cambridge, Massachussets, 1948, cap. XIV, p. 293.

⁶²⁷ Raymond de Roover, *Money, banking and credit in medieval Bruges*, The Medieval Academy of America, Cambridge, Massachussets, 1948, cap. XIV, p. 295.

⁶²⁸ Raymond de Roover, *Money, banking and credit in medieval Bruges*, The Medieval Academy of America, Cambridge, Massachussets, 1948, cap. XIV, pp. 295-296.

⁶²⁹ Raymond de Roover, *Money, banking and credit in medieval Bruges*, The Medieval Academy of America, Cambridge, Massachussets, 1948, cap. XIV, p. 306.

relación entre los préstamos y los pasivos exigibles a la vista en cinco diferentes fechas entre el 6 de Abril de 1366 y el 20 de Mayo de 1369 inclusive. Las relaciones entre ambas fechas cambian desde un mínimo de 25.2% hasta un máximo de 56.7%⁶³⁰. Además, la relación agregada entre la cantidad de préstamos vs. depósitos no varió significativamente durante los tres primeros años: 28,6% 6 de abril de 1366, 25,2% 19 de abril de 1367 y un 29,2% el 10 de abril de 1368. Sin embargo el 24 de diciembre de 1369 saltó desde el 29,2% hasta el 56,7% lo cual significa que Collard de Marke continuó expandiendo los préstamos mientras que los depósitos caían con fuerza. De hecho, los préstamos se incrementaron desde £1,478 hasta la cifra de £2,611 cuando los depósitos disminuyeron desde £5,071 hasta £4,605 groat -centavos-. Estos porcentajes son mayores a la relación de préstamos vs. depósitos (7,3%) del estado financiero del banquero Guillaume Ruyelle⁶³¹. En conclusión, de Roover sostiene acertadamente que “From the point of view of the economy as a whole, it does not make any difference how the banks use their resources as long as they operate on a fractional reserve principle. Transferable deposits not only are money substitutes, but *deposit banks create credit or purchasing power by their lending or investing activities* [...] That deposit banking had inflationary effects in the Middle Ages as well as today is a truth which does not rest on any documentary evidence but is arrived at by economic analysis”⁶³².

La banca florentina en los siglos XIV-XV: los banqueros Francesco di Marco Datini, Bindaccio di Michelle de' Cerchi y Lorenzo di Messer Palla Strozzi

La marcha al capitalismo y el progreso técnico del comercio permitieron que las sociedades mercantiles tuvieran importantes cambios mediante diferentes figuras jurídicas: la *commenda* -con tres cuartas partes de beneficio para el capital y un cuarto para el trabajo-, la *societas terrae* -reparto a prorrata del capital invertido- y, por último, el modelo de sociedad veneciano. Tres generaciones florentinas muestran el grado de evolución de las sociedades en el tráfico comercial y mercantil. Las primeras

⁶³⁰ Raymond de Roover, *Money, banking and credit in medieval Bruges*, The Medieval Academy of America, Cambridge, Massachussets, 1948, cap. XIV, pp. 307 y 319.

⁶³¹ Raymond de Roover, *Money, banking and credit in medieval Bruges*, The Medieval Academy of America, Cambridge, Massachussets, 1948, cap. XIV, p. 307.

⁶³² Raymond de Roover, *Money, banking and credit in medieval Bruges*, The Medieval Academy of America, Cambridge, Massachussets, 1948, cap. XIV, p. 320, (las cursivas son mías).

sociedades, Spini, Frescobaldi, Cerchi, que duran hasta la crisis de 1302-1326, continúan realizando un determinado negocio, limitado en tiempo y espacio. En concreto, la situación de grave crisis financiera y monetaria de Florencia en el siglo XIV fue descrito por Villani mediante algunas crónicas en la cual manifiesta que se produjo una tremenda contracción en el crédito en la recesión económica (lo que él gráficamente denomina *mancamento della credenza*, es decir, una "escasez de crédito"), que agravó e hizo aún más difícil la situación económica, motivando la quiebra en cascada de industrias, talleres artesanos y comercios⁶³³. Las segundas, Bardi, Peruzzi, Acciaiuoli, se hacen permanentes por el procedimiento de prorrogar indefinidamente sus obligaciones a la vista ya que participan en la Banca bajo un coeficiente de reserva fraccionaria y se arruinan a causa de los excesivos préstamos otorgados a los reyes. La tercera generación está representada principalmente por los Médicis a través de una asociación de empresas autónomas en que la Banca Médicis tiene invertido su dinero⁶³⁴. La letra de cambio, la contabilidad por partida doble⁶³⁵ y el aumento del negocio marítimo provocaron una separación entre el negocio de transportes y un mayor desarrollo del negocio del dinero por lo que reportaba sustanciosos beneficios lógicamente. El aumento del negocio requería sucursales y factores en las principales plazas mercantiles: Brujas, París, Londres, Sevilla, etc. Por ejemplo, la compañía florentina Peruzzi⁶³⁶ muestra cómo la obligación de no respetar la custodia del *tantundem* y el ejercicio de un sistema financiero de una banca con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria permitió quebrar a la misma cuando la gran crisis financiera y económica hizo que los empréstitos de Inglaterra y Nápoles quedaran impagados en el año 1343. Hay constancia de que paulatinamente, y desde el comienzo del siglo XIV, la banca empezó a disponer fraudulentamente de parte del dinero que se le depositaba a la vista y, por tanto, a crear dinero de la nada y producir un volumen importante de

⁶³³ Carlo M. Cipolla describe muy gráficamente el paso de la etapa de *boom* económico a la de crisis y recesión con las siguientes palabras: la edad del “*Cántico de las Criaturas* dio paso a la edad de la *Danza Macabra*”, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona 1994, p. 147.

⁶³⁴ Luis Suárez, *Historia Social y Económica de la Edad Media Europea*, Espasa-Calpe, Madrid, 1969, cap. XVI, p. 266.

⁶³⁵ Luis Suárez, *Historia Social y Económica de la Edad Media Europea*, Espasa-Calpe, Madrid, 1969, cap. XVI, p. 267-269.

⁶³⁶ Luis Suárez, *Historia Social y Económica de la Edad Media Europea*, Espasa-Calpe, Madrid, 1969, cap. XVI, p. 273-274.

crédito⁶³⁷ de forma expansiva. La compañía de los Peruzzi sufrió grandes cambios entre los años 1275 y 1343 que acumularon cuantiosas cantidades de dinero aunque el control rígido desde Florencia supuso un punto débil importante que afectó considerablemente en la quiebra de ésta. En la misma línea, al igual que la quiebra producida por los Peruzzi, algunas familias con negocios bancarios como Bardi y Acciaiuoli quebraron a mediados del siglo XIV igualmente. Hay otras pruebas que muestran el ejercicio de la actividad bancaria con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria en banqueros florentinos como los bancos de las familias de Francesco di Marco Datini, Bindaccio di Michelle de' Cerchi y Lorenzo di Messer Palla Strozzi. Los balances de estos tres bancos pueden ofrecer una lectura interesante acerca del estado detallado y preciso de sus libros de contabilidad y dar puntual información acerca del ratio de sus pasivos globales, a saber, principalmente, dinero en efectivo y depósitos a la vista⁶³⁸. Por ejemplo, la banca Cerchi mantuvo un coeficiente de reserva fraccionaria con menos del cien por cien en las dos terceras partes del tiempo, mientras que los otros dos bancos mucho más grandes -Strozzi y Datini- sólo operaron a ese nivel durante la mitad del tiempo. Incluso, un tercio de los balances de los bancos Cerchi y Strozzi apuntan que actuaron con un coeficiente de reserva fraccionaria con menos del 50 por ciento⁶³⁹.

En opinión del historiador Richard A. Goldthwaite, la naturaleza de los balances y los porcentajes ofrecidos no revelan la información exacta de la cantidad de expansión

⁶³⁷ Véase, entre otros, el interesante artículo de Reinhold C. Mueller, "The Role of Bank Money in Venice, 1300-1500", en *Studi Veneziani*, N.S. III, Giardini Editori, Pisa 1979, pp. 47-96. Por su parte, Carlo M. Cipolla, en su notable trabajo sobre el "El florín y el *quattrino*: La política monetaria en Florencia en el siglo XIV", publicado en su libro *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona 1994, pp. 143-231, afirma también que "la banca de la época ya había evolucionado hasta el punto de crear moneda y aumentar la velocidad de su circulación" (p. 155).

⁶³⁸ El eminente historiador Richard A. Goldthwaite ha estudiado los balances bancarios de estos tres bancos (Datini, Cerchi y Strozzi) y explica que: "To the extent the Datini, Cerchi, and Strozzi balances can be taken at face value as an accurate statement of their affairs, we in fact have some precise information about the cash reserves on which these bankers operated, since their balances list both cash-on-hand and liabilities", Richard A. Goldthwaite, "Local banking in Renaissance Florence", *Journal of European Economic History*, 14, Rome, 1985, pp. 37-38.

⁶³⁹ Richard A. Goldthwaite escribe lo siguiente: "Cerchi held less than 100 percent reserves about two-thirds of the time, while the two other (Strozzi y Datini) much larger banks operated at that level only about half the time. About one-third of the balances of both Cerchi and Strozzi show them holding even less than 50 percent reserves", Richard A. Goldthwaite, "Local banking in Renaissance Florence", *Journal of European Economic History*, 14, Rome, 1985, pp. 38.

crediticia orquestada por la actividad comercial en sus libros mayores⁶⁴⁰. Es más, según Goldthwaite “the total deposits of these banks as represented by creditors’ claims are not impressive, not even those of the Datini and Strozzi firms, given the scale of their commercial activity. With an average of only 35 to 40 banks at any one time in the later fifteenth century, most of them one-man firms like Cerchi’s, the amount of money deposit in local banks must have been a miniscule part of the liquid wealth of the city; and hence it is difficult to see how expansion of the money supply by banks operating on fractional cash reserves could have had a significant effect on the economy as a whole”⁶⁴¹. Sin embargo, debido al desconocimiento teórico de Richard A. Goldthwaite⁶⁴² respecto a la teoría de los ciclos económicos, es evidente que cualquier expansión crediticia con un sistema bancario basado en un coeficiente de caja con reserva fraccionaria respaldado sin ahorro real, crea dinero, afecta a la estructura productiva de la economía y provoca malas inversiones que tarde o temprano revertirán en crisis financieras y posteriores recesiones económicas. La existencia de la captación de depósitos irregulares de dinero por parte de los banqueros florentinos fue un hecho evidente y contrastado gracias a diversos testimonios y abundante documentación respecto a cómo se efectuaban los depósitos en la época de entonces. Por ejemplo, la banca Cerchi realizó un acuerdo para aceptar y recibir un depósito irregular de dinero, pagable en cualquier momento -esto es, a la vista-, en el cual era demandado de la

⁶⁴⁰ “These percentages of reserve funds are certainly maximum figures, since by their nature the balances reveal no information about the amount of credit extended in the commercial activity of the bank as recorded in the ledgers”, Richard A. Goldthwaite, “Local banking in Renaissance Florence”, *Journal of European Economic History*, 14, Rome, 1985, p. 38.

⁶⁴¹ Richard A. Goldthwaite, “Local banking in Renaissance Florence”, *Journal of European Economic History*, 14, Rome, 1985, p. 38.

⁶⁴² Incluso Richard A. Goldthwaite se pregunta en qué medida los banqueros locales usaron sus pasivos para facilitar la expansión crediticia y su papel en el desarrollo económico de la sociedad florentina en general. Este historiador considera que el número de bancos y el tamaño de los más grandes -como Strozzi y Datini- no necesariamente son la fuente principal de fondos de inversión y ahorro que lideraban el sector de la economía, principalmente mediante el comercio internacional y la manufactura. Critica profundamente a De Roover por el uso de las fuentes y en parte a Federigo Melis por su desconocimiento de la caída de la banca Datini. De todos modos, como demuestra la teoría austríaca de los ciclos económicos, todo sistema financiero basado en un coeficiente de caja de reserva fraccionaria está condenado al fracaso, provocando una expansión artificial del crédito, malas asignaciones de recursos, crisis financieras y ulteriores recesiones económicas. Para más información sobre las críticas de Richard A. Goldthwaite, véase Richard A. Goldthwaite, “Local banking in Renaissance Florence”, *Journal of European Economic History*, 14, Rome, 1985, pp. 46-47.

siguiente forma: “abbiamo a paghare a ogni suo piacere”⁶⁴³. Del mismo modo, Tommaso di Ubertino Strozzi abrió una cuenta en el banco Francesco and Bernardo Cambini & Partners con un depósito numerario de 80 florines, indicando que se le debe esa cantidad *en forma de crédito* en el libro de contabilidad del banco, a saber, como depósito a plazo; acto seguido, cinco días después, Tommaso di Ubertino Strozzi realizó otro depósito de 50 florines anotado en el respectivo libro de contabilidad pero esta vez anotó que el dinero sería pagado a la vista en cualquier momento, esto es, “a ogni mia volontà”⁶⁴⁴. Por tanto, se observa que el uso de las cuentas corrientes y los depósitos entre clientes del mismo banco o entre diferentes bancos era habitual para efectuar el pago de sueldos para los trabajadores y, por tanto, existía una clara diferencia entre el concepto de un depósito a vista y un depósito a plazo, es decir, un contrato de mutuo o préstamo.

Federigo Melis establece que los saldos o giros en descubierto y la extensión del crédito sin ahorro real es un hecho evidente aunque poco extendido en la banca florentina de aquella época. Los banqueros mercantiles internacionales extendieron el crédito a través de giros en descubierto permitidos entre las cuentas corrientes de sus clientes⁶⁴⁵. Por ejemplo, el banco Cerchi abrió la cuenta de Filippo Corbizzi en marzo de 1476 con una transferencia que establecía un saldo total negativo de f.1 s.5 d.3 debido a una deuda a favor del Banco; y las posteriores retiradas de efectivo de Filippo Corbizzi aumentaron dicha deuda a la cantidad de f.13 s.18 d.10 antes de que eliminará este saldo negativo con la entrega de un depósito de f.25 el 8 de abril del mismo año⁶⁴⁶ que compensaban todas las deudas anteriores. También los préstamos directos por objetos lujosos fueron importantes para la banca Cerchi durante sus primeros años de vida pues prestaban dinero a cambio de sustanciosas joyas de valor, normalmente como prenda o garantía.

⁶⁴³ Bindaccio di Michele de' Cerchi & Partners (*Archivio di Stato di Firenze, Cerchi*), Libro di ricordi G, 1480-83 (no. 315), fol. 29v., citado en Richard A. Goldthwaite, “Local banking in Renaissance Florence”, *Journal of European Economic History*, 14, Rome, 1985, p. 19.

⁶⁴⁴ Archivio di Stato di Firenze, Carte strozzi, ser. IV, 410 (Libro mayor de contabilidad E de Ubertino di Tommaso Strozzi, continuado por su hijo, 1433-1467), fol. 39; Ospedale degli Innocenti, Estranei 273 (Quadernuccio Q, 1463-64, del banco Cambini), fol. 95, and Estranei 274 (Quaderno Q, 1463-1464), fol. 138, citado todo ello en Richard A. Goldthwaite, “Local banking in Renaissance Florence”, *Journal of European Economic History*, 14, Rome, 1985, p. 19.

⁶⁴⁵ Federigo Melis, *Documenti per la storia dei secoli XIII-XVI*, Florence, 1972, p. 87.

⁶⁴⁶ Richard A. Goldthwaite, “Local banking in Renaissance Florence”, *Journal of European Economic History*, 14, Rome, 1985, p. 28.

Así, a modo de ejemplo, cabe señalar que el uso de un coeficiente de reserva fraccionaria estaba probablemente presente en la concesión de este tipo de préstamos sin ahorro previo ya que el inventario de objetos de valor comprendía 104 objetos que ascendían a una cifra de f. 306 s.12 d.3 comparado con las reservas en efectivo/metálico que alcanzaban un precio de f.245. s.2 d.3 a fecha de 18 de octubre de 1476⁶⁴⁷. De igual modo, la banca Cerchi, y en menor medida la actividad bancaria de Strozzi, dispusieron de otros medios para expandir el crédito como el pagaré o la venta de la generación de futuros pagos e intereses -los llamados Monte credits-⁶⁴⁸. De todos modos, el problema del pago de intereses era un tema acuciante para financiar aquellos proyectos de inversión rentables, tanto como para que Luca Pacioli⁶⁴⁹, en su primer tratado de aritmética (Venecia, 1494), donde la contabilidad por partida doble es discutida también, escribió que el banquero tiene derecho a recibir una comisión por su labor de intermediación⁶⁵⁰; sin embargo no hay evidencias de pagos por los citados servicios hasta la fecha, incluso tampoco por giros o saldos en descubierto, en cualquier libro de contabilidad de un banquero florentino o en las cuentas privadas de algún depositante como tampoco hay evidencia ninguna de que las cuentas corrientes obtuvieran interés ninguno⁶⁵¹.

Entonces, ¿quién paga al banquero por su labor de depositario respecto a la guarda y custodia del *tantundem*? ¿O el depositario, es decir, el banquero utiliza los depósitos del cliente? En efecto, la usura y la obtención de un interés estaban prohibidos por lo que

⁶⁴⁷ Richard A. Goldthwaite, "Local banking in Renaissance Florence", *Journal of European Economic History*, 14, Rome, 1985, p. 29.

⁶⁴⁸ Richard A. Goldthwaite, "Local banking in Renaissance Florence", *Journal of European Economic History*, 14, Rome, 1985, p. 29-31.

⁶⁴⁹ Luca Pacioli, monje veneciano, amigo y profesor de matemáticas de Leonardo da Vinci, formalizó la contabilidad por partida doble, existiendo constancias anteriores de registros en un banco pisano, que son claramente de doble entrada y que están fechadas en 1336, así como en otro de los Masari, que fueron recaudadores urbanos en Génova, en 1340. El libro de contabilidad más antiguo de que se tiene constancia en Europa corresponde a un banco florentino de 1211. Véase G.A. Lee, "The Oldest European Account Book: A Florentine Bank Ledger of 1211", en *Accounting History: Some British Contributions*, R.H. Parker y B.S. Yamey (eds.), Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 160-196.

⁶⁵⁰ Reinhold Mueller, "The Role of Bank Money in Venice, 1300-1500", *Studi veneziani*, n.s. III, (1979), p. 49.

⁶⁵¹ Richard A. Goldthwaite, "Local banking in Renaissance Florence", *Journal of European Economic History*, 14, Rome, 1985, p. 27.

los banqueros locales florentinos encuentran un subterfugio⁶⁵² para cubrir los gastos relativos a sus servicios bancarios y financieros a través de una figura jurídica llamada *deposito a discrezione* con la cual obtienen suculentos beneficios. Los *depositos a discrezione*⁶⁵³ -entiéndase depósitos a plazo- son utilizados por la banca de la época de forma generalizada y son simplemente contratos de préstamos o mutuo concedidos por los clientes hacia el banquero. El banquero podía hacer pleno uso de los mismos e invertirlos libremente al menos mientras durara el plazo estipulado previamente por tratarse de verdaderos mutuos o préstamos realizados por los supuestos “depositantes”. A modo de ejemplo, el auditor o contable de la banca Strozzi Lanfredini & Socios establecieron un saldo acreedor en la cuenta de un depositante como la suma “del capital y la *discreción* de su dinero depositado a una tasa del 8 por ciento al año”⁶⁵⁴. En algunas ocasiones, los bancos mantenían cuentas separadas para estos tipos de depósito con tasas fijas que determinaban el interés como un regalo⁶⁵⁵. Incluso, en el año 1400, uno de los fundadores de una institución eclesiástica como el monasterio de Santa Verdiana en Florencia no tuvo escrúpulos en depositar una cantidad de mil florines por un retorno anual en forma de “comisión y regalo” de un cinco por ciento⁶⁵⁶. Los banqueros tuvieron miedo de ser condenados por realizar operaciones comerciales o financieras con interés así que no hay ninguna evidencia de cargos en cuentas corrientes con saldos en descubiertos. No hay mención alguna de contratos de préstamo con interés así como tampoco se entiende que haya toda clase de operaciones escritas a

⁶⁵² Tanto es así que el banquero Francesco Datini busca consejo entre sus socios para abrir un banco local en Florencia en el año 1398 y uno de ellos responde a Datini que puede arruinar su imagen y prestigio como comerciante si entra en el negocio bancario, pues ningún banquero puede evitar los contratos jurídicos usurarios, véase Federigo Melis, *Aspetti della vita economica medievale (studi nell' Archivio Datini di Prato)*, Siena, 1962, pp. 212-216.

⁶⁵³ Respecto al tratamiento general de la figura jurídica de *deposito a discrezione*, véase Richard A. Goldthwaite, “Local banking in Renaissance Florence”, *Journal of European Economic History*, 14, Rome, 1985, pp. 31-37.

⁶⁵⁴ “... tra capitale e discrezione de' suoi tenuti a ragione di f.8 per cento l'anno”, Archivio di Stato di Firenze, Carte Strozzi, ser. III, 287 (Libro mayor de contabilidad A, 1423-1428), fol. 171.

⁶⁵⁵ Archivio di Stato di Firenze, Carte Strozzi, ser. III, 287 (Ledger A, 1423-1428), fol. 46 (la cuenta de “Dipositi abbiamo tolti per altri”) citado en Richard A. Goldthwaite, “Local banking in Renaissance Florence”, *Journal of European Economic History*, 14, Rome, 1985, p. 33; Véase igualmente a Richard A. Goldthwaite, *Private Wealth in Renaissance Florence: A study of Four Families*, Princeton, 1968, p. 66, n. 72.

⁶⁵⁶ “... providigione e dono... a ragione di cinque per centinaia per un ano”, Archivio di Stato di Firenze, Conv. supp. 90 (Santa Verdiana), 143 (accounts of the Manetti estate), fol. 24, citado en Richard A. Goldthwaite, “Local banking in Renaissance Florence”, *Journal of European Economic History*, 14, Rome, 1985, p. 33.

excepción de aquellas con interés⁶⁵⁷ en los libros de contabilidad de la banca Cerchi. No obstante, el gran teólogo y arzobispo San Antonino de Florencia⁶⁵⁸, siguiendo a Santo Tomás de Aquino bajo su famosa frase “el tiempo no puede ser vendido porque pertenece a Dios”, condena fuertemente la práctica del contrato de préstamo, la avaricia, la usura y la recepción de un interés respecto a los *depositi a discrezione*, figura jurídica presente en las conciencias de los florentinos hoy en día. De todos modos, a efectos didácticos, los bancos no fueron el único lugar donde los florentinos podían depositar su dinero. Algunas instituciones religiosas aceptaron dinero y objetos de valor con el objetivo de guarda y custodia⁶⁵⁹.

La banca genovesa: Casa di San Giorgio

La *Casa di San Giorgio* (1407) tuvo un papel principal en el comercio con Castilla y fue la primera en desarrollar el comercio del dinero en los caminos comerciales al oro de África, esto es, a través de la especulación y la letra de cambio. Además, la capital genovesa dispuso una ordenanza del 21 de junio de 1447 para aliviar los problemas monetarios que aquejaban a la ciudad por la que se obligaba el oro como medio de pago en el mercado exterior así como también para el pago de las letras de cambio con carácter obligatorio⁶⁶⁰. Una de las consecuencias de la importante actividad comercial motivó que la banca genovesa fuera una verdadera especialista en el tráfico y cambio de moneda pues su valor en oro o plata era determinado por el curso de cada país. Sin embargo, África era la primera suministradora de este valioso metal en el que los españoles y genoveses obtenían grandes beneficios mediante el comercio. No es hasta la aparición del oro americano del siglo XVI cuando se soluciona tal carestía⁶⁶¹. En efecto, la carencia de moneda suficiente (respaldada en oro) provocó que muchos banqueros

⁶⁵⁷ Richard A. Goldthwaite, “Local banking in Renaissance Florence”, *Journal of European Economic History*, 14, Rome, 1985, p. 35.

⁶⁵⁸ Véase las siguientes referencias: Murray N. Rothbard, *Historia del Pensamiento Económico*, vol. I, Unión Editorial, Madrid, 1999, cap. III, pp. 117-121 y John T. Noonan, Jr., *The Scholastic Analysis of Usury*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1957, p. 77.

⁶⁵⁹ Véase los ejemplos de Richard A. Goldthwaite, “Local banking in Renaissance Florence”, *Journal of European Economic History*, 14, Rome, 1985, p.p. 44-45.

⁶⁶⁰ Luis Suárez, *Historia Social y Económica de la Edad Media Europea*, Espasa-Calpe, Madrid, 1969, cap. XVI, p. 276.

⁶⁶¹ Luis Suárez, *Historia Social y Económica de la Edad Media Europea*, Espasa-Calpe, Madrid, 1969, cap. XVI, p. 277.

genoveses iniciaran algunas vías alternativas con diversos instrumentos de crédito, en especial la letra de cambio que eximía de la necesidad de entregar dinero contante y sonante, a saber, dinero a la vista. La letra se recambia, y aumenta de valor en cada operación financiera por la diferencia en el curso de las monedas ya que la letra de cambio no es sino un contrato jurídico de préstamo disfrazado. El endoso no era desconocido en la banca genovesa de la época ya que mientras la letra no sea repagada, el recambio de la letra se repite y su valor aumenta con ella. Además, el ejercicio de la actividad bancaria se materializaba mediante la posesión de un libro en que se registraban las sumas en forma de depósitos no muy grandes con el único fin de que fuesen giradas a otra persona, ya que no se pagaban intereses. Aún así, estos depósitos, que figuran en los asientos del libro de contabilidad del banco permitían a los banqueros intervenir en los más variados negocios (financiación del déficit público), en especial a aquellos que exigían fianzas previas⁶⁶². El estudioso Luis Suárez apunta algunas contribuciones por parte de teóricos como el hispanista francés Henry Lapeyre que ha descubierto un ejemplo indudable en Valencia a principios del siglo XV o el historiador Jacques Heers que calcula el interés anual de una letra en circulación entre un 8 y un 12 por cien⁶⁶³. La *Casa di San Giorgio* fue un acontecimiento de gran valor con el objetivo de remediar la insuficiencia financiera de la ciudad genovesa, que acabó por contralar todos los capitales de la ciudad. Aunque hasta 1444 hizo negocios bancarios normales, posteriormente se convirtió en una suma de compañías que regulaban la deuda pública, pagando intereses a los acreedores del Estado sobre monopolios de origen estatal. El desarrollo de la *Casa di San Giorgio* guarda una relación íntima con el perpetuo déficit del presupuesto de la ciudad y los gastos ordinarios de la Comunidad de Génova podían cifrarse en 80.000 liras y los extraordinarios en 100.000 liras hacia el año 1460. Como no podría ser de otra manera la *Casa di San Giorgio* de la ciudad de Genova operó con un coeficiente de reserva fraccionaria inferior al diez por ciento. Según el primer estado financiero preparado por el banco el día 1 de enero de 1409, después de nueve meses de operaciones, las reservas líquidas de dinero en efectivo apenas excedían tres mil florines

⁶⁶² Por ejemplo, los Spínola adelantaban al Papa dinero, que luego cobraban en las anatas de los nombramientos eclesiásticos en Castilla, véase Luis Suárez, *Historia Social y Económica de la Edad Media Europea*, Espasa-Calpe, Madrid, 1969, cap. XVI, p. 278.

⁶⁶³ Luis Suárez, *Historia Social y Económica de la Edad Media Europea*, Espasa-Calpe, Madrid, 1969, cap. XVI, p. 278.

respecto a cuarenta mil o cuarenta y cinco mil florines de las obligaciones pasivas de los depositantes, esto es, el coeficiente de caja de reserva fraccionaria alcanzaba una cantidad aproximada del 5,5%. El coeficiente de reserva fraccionaria era mínimo, por no decir minúsculo, y no sorprendería que el banco de San Jorge de Génova tuviera que suspender la retribución en dinero metálico y se quedara sin reservas frente a una demanda de los depositantes⁶⁶⁴.

El banco de los Médicis

La historia de la Banca de' Medici ha sido investigada con rigor y esmero por el historiador Raymond de Roover a través del trabajo *The Rise and Decline of the Medici Bank 1397-1494*⁶⁶⁵. Esta famosa Casa de Banca se fundó por Giovanni di Bicci con la compañía de algunos de los miembros de la familia Bardi en 1397. El fallecimiento de Giovanni di Bicci supuso que su hijo Cosme heredara toda la fortuna en 1429 y éste extendió los negocios a ciudades como Milán, Avignon, Pisa, Londres, París, Basilea, Brujas y Lyon, aparte de las primeras ramas establecidas en Venecia, Ginebra Nápoles. El capital de la banca era de 24.000 florines en 1420; una parte correspondía a Ilarion de Bardi y las otras dos partes a los Medici⁶⁶⁶. El descubrimiento de los libros mayores confidenciales (*libri segreti*) y otra documentación adicional de la Banca de' Medici en el *Archivio di Stato* de Florencia han permitido realizar un profundo análisis sobre la historia de esta institución bancaria. Raymond de Roover pone de manifiesto la poca

⁶⁶⁴ "The famous bank of St. George in Genoa operated on a much lower ratio. According to the first statement prepared by the bank on January 1st, 1409, after nine months of operation, the cash reserves barely exceeded three thousand florins against liabilities to depositors of about forty o forty-five thousand florins. The reserve ratio was consequently less than ten per cent. Such a ratio was below the safety limit. It is not surprising that the Bank of St. George repeatedly ran out of cash and had to suspend specie payments", Raymond de Roover, *Money, banking and credit in medieval Bruges*, The Medieval Academy of America, Cambridge, Massachussets, 1948, cap. XIV, p. 318. Según Raymond de Roover, la información se basa en una fotocopia del original (Genoa, State Archives, Sala 24, Bancorum S. Georgii, Cartularium 1408, fols. 110^v-113). La cantidad total de los pasivos asciende a fl.54.295 14s. 1d. de los cuales más de diez mil florines representa los depósitos hechos por varios recaudadores de impuestos y por los consultores de la Casa de San Jorge. El dinero en efectivo -metálico- fue fl.3.013 9s. 3d., según el balance correspondiente (Genoa, State Archives, Sala 24, Bancorum S. Georgii, Cartularium 1408, fols. 110^v), citado todo ello en Raymond de Roover, *Money, banking and credit in medieval Bruges*, The Medieval Academy of America, Cambridge, Massachussets, 1948, cap. XIV, p. 330.

⁶⁶⁵ Raymond de Roover, *The Rise and Decline of the Medici Bank 1397-1494*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1963.

⁶⁶⁶ Luis Suárez, *Historia Social y Económica de la Edad Media Europea*, Espasa-Calpe, Madrid, 1969, cap. XVI, p. 274.

transparencia de este tipo de instituciones financieras y el carácter secreto de las cuentas y depósitos bancarios de algunos clientes, a saber, nobles, príncipes, incluso el Papa. La banca Medici no aceptaba depósitos a la vista, sino tan sólo depósitos a plazo, que eran simplemente contratos de préstamo o mutuo y que se denominaban *depositi a discrezione*. Esto significa que el banco puede hacer uso de estos tipos de *depositi a discrezione* durante el plazo estipulado previamente⁶⁶⁷ y, precisamente, *discrezione* era el término referido al componente del interés que el banco abonaba a sus clientes por este préstamo disfrazado con la confusa terminología conocida como “depósito a plazo”. A partir de una determinada fecha, la banca Medici comenzó a aceptar depósitos a la vista y a usar indebidamente una parte de los mismos para uso propio o para terceros en forma de préstamos. Incluso, existen pruebas documentales gracias a los *libri segreti* descubiertos en el *Archivio di Stato* de Florencia que ratifican una relación de tiempo estimado respecto al depósito efectuado por cada cliente y la posible restitución del depósito según las diferentes fechas aproximativas⁶⁶⁸. No es de extrañar que el balance financiero de la banca Medici empeorará con el discurrir del tiempo y, según el propio Raymond de Roover, las reservas líquidas del banco, respecto a sus obligaciones a la vista, cayeron hasta el 50 por ciento de éstas⁶⁶⁹ lo que indica un coeficiente de expansión del crédito de dos veces los depósitos a la vista recibidos. Lamentablemente, la crisis bancaria y económica experimentada en la segunda mitad del siglo XV supuso graves problemas y se intuye que la solvencia del banco disminuyó considerablemente. Como se ha explicado previamente, las consecuencias económicas gravísimas experimentadas por la banca Medici y otros bancos italianos no son difíciles de explicar, esto es, la apropiación de los depósitos a la vista y la expansión del crédito en forma de préstamos por parte de la banca generaron un auge económico basado en el crecimiento de la masa monetaria sin respaldo de ahorro real previo que tarde o temprano deviene en una crisis financiera y ulterior recesión económica. Raymond de

⁶⁶⁷ “The Medici Bank and its subsidiaries also accepted deposits from outsiders, especially great nobles, church dignataries, condottieri, and political figures, such as Philippe de Commines and Ymbert de Batarnay. Such deposits *were not usually payable on demand* but were either explicitly or implicitly *time deposits* on which interest, or rather *discrezione*, was paid”, Raymond de Roover, *The Rise and Decline of the Medici Bank 1397-1494*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1963, cap. V, p. 101.

⁶⁶⁸ Raymond de Roover, *The Rise and Decline of the Medici Bank 1397-1494*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1963, cap. IX, p. 213.

⁶⁶⁹ Raymond de Roover, *The Rise and Decline of the Medici Bank 1397-1494*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1963, cap. X, p. 245.

Roover llega a afirmar que “what caused these general crisis remains a mystery”⁶⁷⁰ lo que demuestra un gran desconocimiento teórico acerca de los ciclos económicos y, al igual que Carlo M. Cipolla y A. P. Usher, no entiende la relación íntima y evidente entre el lado monetario y el lado real de la economía. Como otras crisis bancarias, la banca Medici es otro ejemplo de un sistema financiero y bancario basado en un coeficiente de caja de reserva fraccionaria que da lugar a una crisis financiera, recesión económica y una indubitable contracción crediticia inevitablemente. La etapa final de la banca Medici se caracterizó por una política de contracción crediticia y los últimos intentos a la desesperada de un aumento de la liquidez muestran las consecuencias trágicas de la violación del elemento de custodia de los depósitos a la vista y el mantenimiento de un coeficiente de reserva, incluso con cifras inferiores al 10 por ciento del total de sus activos⁶⁷¹. Las continuas expansiones artificiales de crédito sin ahorro real y la consiguiente crisis financieras provocaron que tanto la banca Medici terminara quebrando como también otros bancos de la época lo cual supuso que la experiencia histórica de las quiebras bancarias anteriores cimentaran las bases de la ansiada creación de bancos públicos, principalmente aquellos mencionados en los puntos anteriores de este epígrafe, esto es, la famosa Taula de Canvis de Barcelona fundada en 1401 y la Casa de San Jorge de Génova fundada en 1408⁶⁷².

⁶⁷⁰ Raymond de Roover, *The Rise and Decline of the Medici Bank 1397-1494*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1963, cap. X, p. 239.

⁶⁷¹ La violación del principio general del derecho que exige la guardia y custodia respecto a los depósitos a la vista, es decir, la exigencia de un coeficiente de caja del 100 por cien, fue práctica habitual durante la etapa final de la banca Medici: “A perusal of the extant balance sheets reveals another significant fact: the Medici Bank operated with tenuous cash reserves which were usually well below 10 percent of total assets. It is true that this is a common feature in the financial statements of medieval merchant-bankers, such as Francesco Datini and the Borromei of Milan. The extent to which they made use of money substitutes is always a surprise to modern historians. Nevertheless, one may raise the question whether cash reserves were adequate and whether the Medici Bank was not suffering from lack of liquidity” Raymond de Roover, *The Rise and Decline of the Medici Bank 1397-1494*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1963, cap. XIV, p. 371.

⁶⁷² Luis Suárez, *Historia Social y Económica de la Edad Media Europea*, Espasa-Calpe, Madrid, 1969, cap. XVI, p. 276.

Las Taulas de Canvi municipales

Los orígenes de las Taulas de Canvi están documentados desde la primera mitad del siglo XIII⁶⁷³ y adquieren este nombre debido a la tabla o mesa en las cuales los cambistas realizaban las operaciones entre las diversas clases de monedas puesto que muchos de ellos eran negociantes que deambulaban entre ferias y mercados. Por contra, otros cambistas fijaban sus operaciones financieras en ciudades y villas donde su oferta comercial estaba abierta al público para realizar negocios bancarios: depósitos en cuentas, pagos por orden de terceros, cuentas de crédito, etc. Estos tipos de establecimientos financieros actuaban con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria en relación a los depósitos a la vista ya que, según el historiador don Josep Maria Llobet Portella, los cambistas de estos centros de tipo bancario “invertían el dinero confiado a su custodia en operaciones comerciales, por lo que, en el caso de que los negocios fracasasen, se veían obligados a declararse insolventes frente a sus clientes”⁶⁷⁴. Por su lado, las Cortes emitieron algunas disposiciones para que los cambistas que habían depositado una cantidad de dinero en garantía tuvieran la obligación de situar un tapete sobre la mesa con el objetivo de facilitar información al cliente en cuanto a la solvencia del cambista o negociante. El resto de cambistas o negociantes la tendrían al descubierto en caso de no disponer de dicha garantía. No obstante, a finales del siglo XIV, se observa un aumento del intervencionismo causado tanto por motivos informativos hacia los clientes como también por el aumento del uso de los depósitos por parte de los banqueros para financiar⁶⁷⁵ a las autoridades municipales correspondientes⁶⁷⁶. El

⁶⁷³ Joaquim Botet y Sisó, *Les monedes catalanes*, tres volúmenes, Institut d'Estudis Catalans, Barcelona, 1908-1911, (edición facsímil utilizada: Puvill-Editori, Barcelona, 1976), vol. III, pp. 257-258.

⁶⁷⁴ Josep Maria Llobet Portella, *La “Taula de Canvi” de Cervera y su entorno socio-económico (1599-1715)*, Instituto de Estudios Ilerdenses, Lleida, 1985, cap. III, p. 116. Jaime Vicens Vives destaca cómo los bancos actuaban con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria en relación a los depósitos a la vista ya que uno de los dos hechos paralelos a causa de la contracción crediticia y crisis financiera de 1381 fue que “los banqueros que habían prestado dinero al rey, no pudieron hacer frente a los depósitos que les habían sido confiados, se declararon en quiebra. Entre 1381 y 1383 hicieron bancarrota los principales banqueros barceloneses (Descaus, D'Olivella, Pasqual y Esquerit), gerundenses (Medir) y perpiñanenses (Garí). Fue un rudo golpe para la confianza que el público les había otorgado, como se revela en el banco publicado por Barcelona en 1397 reorganizando el sistema de los cambiadores”, Jaime Vicens Vives, *Manual de Historia Económica de España*, con la colaboración de Jorge Nadal Oller, cuarta edición, Editorial Vicens-Vives, Barcelona, 1965, cap. III, pp. 210.

⁶⁷⁵ Jaime Vicens Vives aclara que “La segunda función de los *campsores* fue la de depositarios de los bienes de determinadas personas, especialmente mercaderes, que en algún momento tenían que realizar operaciones de crédito y necesitaban girar su dinero a una “taula” (en Cataluña el banco se denominó

resultado fue una profunda crisis financiera y contracción crediticia en torno al año 1381 que produjo la quiebra de muchos banqueros barceloneses⁶⁷⁷, gerundenses y perpiñanenses.

La Taula de Canvi de Barcelona

La creación de la Taula de Canvi barcelonesa surgió por el volumen de deuda acumulado de la ciudad de Barcelona que nombró una comisión para atajar el acuciante problema financiero existente. El consejo municipal recibió una propuesta para que se erigiera una Taula con el aval de la propia ciudad el día 25 de abril de 1400, esto es, para el lanzamiento definitivo de la Taula de Barcelona⁶⁷⁸. Gracias a las diferentes obras y estudios⁶⁷⁹ sobre la Taula de Canvi de Barcelona, la actividad bancaria de la época nace en un contexto muy particular: por un lado, las grandes ciudades comerciales italianas comienzan su época de mayor esplendor y, al mismo tiempo, la expansión comercial mediterránea, el desarrollo de las prácticas mercantiles y una completa

“taula”, o sea tabla, mesa). Muy pronto esos cambiadores tuvieron otra actividad: la de prestar dinero, ya a la monarquía, ya a los municipios, tanto para las empresas bélicas, como para los problemas de abastecimiento del país en caso de escasez de cereales”, Jaime Vicens Vives, *Manual de Historia Económica de España*, con la colaboración de Jorge Nadal Oller, cuarta edición, Editorial Vicens-Vives, Barcelona, 1965, cap. III, pp. 209-210.

⁶⁷⁶ Josep Maria Llobet Portella, *La “Taula de Canvi” de Cervera y su entorno socio-económico (1599-1715)*, Instituto de Estudios Ilerdenses, Lleida, 1985, cap. III, p. 116-117.

⁶⁷⁷ Véase el trabajo de Manuel Martínez Sánchez, *Algunas consideraciones sobre el crédito en la Cataluña medieval*, Arxiu Històric de la Ciutat, Institut de Cultura, Barcelona. Ayuntamiento, 2007.

⁶⁷⁸ Jaime Vicens Vive manifiesta que “Cuando los historiadores de hace dos o tres generaciones hablaban de la *Taula de Canvi* de Barcelona, la presentaban como producto del genio creador de los antepasados, que apenas había cedido en algunos años a los precursores genoveses, la Banca de San Jorge. De hecho, el origen de la famosa *Taula* fue la crisis de confianza que sacudió Barcelona después de los sucesos de 1381. En lugar de ser una idea genial, fue una realización que demostró la inseguridad financiera de los barceloneses y de sus imitadores valencianos y gerundenses. Fue una solución miope, ya que habiéndose perdido la confianza en los banqueros y en la finanza nacional, los ciudadanos y mercaderes decidieron fundar la nueva institución (1401) haciéndola descansar en el crédito municipal y en el dinero que obligatoriamente tuvo que depositarse en el banco comunal, ya procediera de depósitos ejecutivos, ya el de tutelas, testamentarias y secuestros (ordenanzas de 1412). De este modo quedaron inmovilizados en la Taula muchos capitales, con evidente perjuicio para la flexibilidad del mercado de dinero en las sucesivas coyunturas que se presentaron. Constituyó, pues, un bloqueo que congeló el dinero en Cataluña, en el proceso momento en que éste requería ser más ágil”, Jaime Vicens Vives, *Manual de Historia Económica de España*, con la colaboración de Jorge Nadal Oller, cuarta edición, Editorial Vicens-Vives, Barcelona, 1965, cap. III, pp. 210-211.

⁶⁷⁹ A. P. Usher, “Deposit Banking in Barcelona, 1300-1700”, *Journal of Economics and Business History*, IV, 1931, pp. 121-155.

regulación del negocio bancario⁶⁸⁰, con fijación de atribuciones, derechos y responsabilidades del banquero, se configuraron con detalle en las Cortes de 1300-1301. Las medidas establecidas para el sistema bancario de Barcelona fueron profundas, solventes y notables ya que el día 13 de febrero de 1300 se estableció que cualquier banquero quebrado sería declarado infame mediante vocero público a lo largo de toda la ciudad de Barcelona y castigado a mantenerse con una dieta estricta de pan y agua mientras no devolviera a sus acreedores el importe íntegro de los depósitos⁶⁸¹. Otra medida, como hemos señalado previamente, es el establecimiento de la obligatoriedad de conseguir avales o garantías de terceros para desarrollar la actividad bancaria en relación a los depósitos a la vista, de modo que aquellos que ejercieran dicha actividad sin presentar tales avales no podían poner un mantel en su mesa de banqueros con el único objetivo de discriminar entre aquellos dotados de cierta solvencia o sin ella⁶⁸². Posteriormente, en torno al 14 de agosto de 1321, se incorpora una regulación correspondiente a los casos de quiebra de bancos que no pudieran hacer frente a sus compromisos con carácter inmediato y, en el caso de no satisfacer sus deudas a los acreedores en el período máximo de un año, los banqueros sería decapitados justo delante de la mesa y sus propiedades vendidas mediante la jurisdicción ordinaria competente⁶⁸³. Muy posiblemente, y reafirmando las declaraciones de los profesores Jaime Vicens Vives y Josep Maria Llobet Portela, los banqueros de la época mantenían un coeficiente de caja de reserva fraccionaria en contra de los principios generales del

⁶⁸⁰ Durante la época de Don Jaime I el Conquistador (1213-1276) se derogan las leyes góticas y romanas sobre el intercambio mercantil y son sustituidas por los *Usos de Barcelona*, véase Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 64.

⁶⁸¹ A.P. Usher, *The Early History of Deposit Banking in Mediterranean Europe*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1943, p. 239, citado en Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 64.

⁶⁸² Aquella persona que incumpliera esta norma -el ejercicio de la actividad banacria sin avales utilizando un mantel- sería condenada por un delito de fraude o estafa, véase A.P. Usher, *The Early History of Deposit Banking in Mediterranean Europe*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1943, p. 239, citado en Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 64.

⁶⁸³ Hay pruebas documentales que demuestran hechos históricos en los cuales las autoridades municipales competentes se preocuparon en defender los principios generales del derecho de propiedad en relación con el contrato jurídico del depósito irregular de dinero. En efecto, un señor llamado Francesch Castello fue decapitado justo delante de su banco en el año 1360 conforme a la ley vigente, véase A.P. Usher, *The Early History of Deposit Banking in Mediterranean Europe*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1943, p. 240 y 242, citado en Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, pp. 64 y 65.

derecho respecto a los depósitos bancarios a la vista y muchos de ellos quebraron de la misma manera que ocurrió en el sistema financiero italiano ya estudiado por Carlo M. Cipolla. Aunque marginalmente la solvencia y los coeficientes de reserva fraccionaria eran más altos en el caso de los banqueros barceloneses que sus colegas italianos, hay documentos que prueban las reticencias y disculpas a la hora de restituir los depósitos dados en custodia hacia sus clientes mediante frases inequívocas o la entrega del dinero depositado mediante pequeñas aportaciones con moneda fraccionaria y ni muchos menos la entrega del oro que se había depositado de modo previo⁶⁸⁴.

El incremento del intervencionismo a causa de la crisis bancaria del siglo XIV alimentó la invasión de los derechos de propiedad de cualquier depositante lo que motivó, en última instancia, dar carta de naturaleza a la creación de un banco público municipal, la *Taula de Canvi* o banco de depósito de Barcelona. Esta institución tuvo la misión de captar en forma de depósitos y financiar los gastos públicos con cargo a los mismos. Efectivamente, la Taula de Canvi se creó con un doble motivo: por un lado, como fuente de financiación de la hacienda municipal⁶⁸⁵ y, por otro lado, como un centro de depósitos que facilitara las operaciones mercantiles, dotándolo de un amplio personal administrativo para la centralización de los cobros y pagos municipales⁶⁸⁶. La situación de la *Taula* barcelonesa fue importante hasta la primera mitad del siglo XV cuando la guerra de Cataluña contra Juan II de Aragón se produjo definitivamente. Por consiguiente, los años 1465-1467 fueron años muy perjudiciales para la salud financiera de la ciudad condal en la que la Generalitat era deudora de importantes sumas de dinero de la *Taula barcelonesa*⁶⁸⁷ y ésta no pudo hacer frente a la retirada masiva de fondos en metálico por parte de los depositantes, declarándose en suspensión de pagos en febrero

⁶⁸⁴ Véase A.P. Usher, *The Early History of Deposit Banking in Mediterranean Europe*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1943, p. 244.

⁶⁸⁵ Véase las reflexiones que Luis Suárez realiza en su libro *Historia Social y Económica de la Edad Media Europea*, Espasa-Calpe, Madrid, 1969, cap. XX, p. 361. En particular Luis Suárez indica que la quiebra de la Banca privada barcelonesa se debió “al aumentarse los créditos concedidos a la Hacienda real, sin que creciesen los ingresos de ésta, sobrevino la falta de pago y, entre 1381 y 1383, el colapso de los banqueros de Barcelona, que arrastraron en su caída a los de Gerona, Perpiñán y otras partes”.

⁶⁸⁶ Josep Maria Llobet Portella, *La “Taula de Canvi” de Cervera y su entorno socio-económico (1599-1715)*, Instituto de Estudios Ilerdenses, Lleida, 1985, cap. III, p. 118.

⁶⁸⁷ Véase para más información el libro de Santiago Sobrequés i Vidal; Jaume Sobrequés i Callicó, *La guerra civil catalana del segle XV. Estudis sobre la crisi social i econòmica de la Baixa Edat Mitjana*, dos volúmenes, Edicions 62, Barcelona, 1973.

de 1468⁶⁸⁸. Después, el banco fue ayudado, reorganizado y facultado con más prerrogativas⁶⁸⁹ hasta que la lucha por la sucesión en el trono español afectó duramente a Cataluña. La guerra posterior y la entrada de las armas de Felipe V a la ciudad el 11 de septiembre de 1714 provocaron que la existencia de la *Taula de Canvi* llegara a su fin mediante el decreto de Nueva Planta y a su liquidación definitiva mediante órdenes del gobernador civil al alcalde de la ciudad en el año 1865.

La Taula de Canvi de Gerona

El origen de la *Taula gerundense*⁶⁹⁰ nace en el año 1443 en el cual la reina Maria otorgó el documento de creación de dicha institución en ausencia de su esposo Alfonso IV de Aragón. Por tal motivo la ciudad de Gerona tuvo la facultad de instituir una *Taula de Canvi* en donde podría ser depositada cualquier cantidad de moneda, sin que los oficiales de la *Taula* debieran recibir comisión alguna del imponente. Las cantidades depositadas no podrían ser embargadas bajo ningún concepto pues el otorgamiento de tal privilegio costó a la ciudad de Gerona la suma de mil florines. La fecha de confirmación de la *Taula* fue firmada por el rey Fernando el Católico en el año 1512 pero no es hasta finales de 1567 cuando se prepararon los todos elementos para su funcionamiento. Finalmente, el Consejo general de la ciudad aprobó el reglamento por

⁶⁸⁸ “In February 1468, after a long period of strain, the Bank of Deposit was obliged to suspend specie payments completely. For all balances on the books at that date annuities bearing interest at 5 percent were issued to depositors willing to accept them. Those unwilling to accept annuities remained creditors of the bank, but they were not allowed to withdraw funds in cash”, A.P. Usher, *The Early History of Deposit Banking in Mediterranean Europe*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1943, p. 278, citado en Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, pp. 65 y 66.

⁶⁸⁹ La *Taula de Canvi* obtuvo la concesión en régimen de monopolio de todos los depósitos derivados de embargos y secuestros judiciales así como también los recursos procedentes de todos los depósitos ejecutivos, tutelas y testamentarias, véase Luis Suárez, *Historia Social y Económica de la Edad Media Europea*, Espasa-Calpe, Madrid, 1969, cap. XX, p. 361. El profesor Jesús Huerta de soto apunta que está demostrado documentalmente que en 1433 al menos el 28 por ciento de los depósitos de la *Taula de Canvi* de Barcelona procedían de los embargos forzosos de origen judicial que se depositaban en el banco y tenían una gran estabilidad, véase A.P. Usher, *The Early History of Deposit Banking in Mediterranean Europe*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1943, p. 339 y Charles P. Kindleberger, *Historia financiera de Europa*, traducido al español por Antonio Menduiña y Juan Tudores, con la colaboración de Jordi Beltrán y Lidia Lumpuy, y publicada por Editorial Crítica, Barcelona, 2011, p. 68, citado todo ello en Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 66

⁶⁹⁰ Lluís Marqués i Carbó, *Una histórica institución municipal de carácter económico: la Tabla de cambio y comunes depósitos de Gerona*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1952.

el cual se tendría que regir en el año 1568 y fue solemnemente inaugurada e instalada en un local situado al lado de la Casa del Consejo y elegidos los primeros oficiales de la misma dos meses después⁶⁹¹. Las funciones de la *Taula* gerundense fueron las siguientes⁶⁹²:

- Custodia de los depósitos -obligados o voluntarios- de dinero, procedentes de particulares y corporaciones.
- Guarda de joyas, tanto de uso religioso como de utilidad profana: vasos sagrados, vajillas, sortijas, pendientes, etc. Dichas joyas eran colocadas en pequeños sacos de tela con el nombre del propietario escrito en ellos para su fácil identificación.
- Tesorería municipal en cuanto centralizó todas las operaciones económicas que afectaban a la hacienda del municipio. En la *Taula* se cobraban los derechos y las imposiciones e, igualmente, se efectuaban todos los pagos por cuenta de la universidad.
- Centro purificador de la moneda en las ocasiones en que recogió las piezas monetarias recortadas o de baja ley y las entregó a la ceca local para la acuñación de nuevas partidas. Durante la guerra de Separación, por orden de los oficiales de la *Taula*, se llegó a contramarcas moneda de oro castellana con las armas de la ciudad⁶⁹³.
- Emisión de pólizas que, evitando el movimiento de numerario, facilitaron el giro de las cantidades adeudadas.

Así, pues, la guerra de Sucesión causó graves problemas financieros a la *Taula de Canvi* de Gerona y el Consejo de la ciudad, al no disponer de numerario suficiente en el año 1710, entregó el dinero procedente de los depósitos particulares de la *Taula* para atender

⁶⁹¹ Josep Maria Llobet Portella, *La “Taula de Canvi” de Cervera y su entorno socio-económico (1599-1715)*, Instituto de Estudios Ilerdenses, Lleida, 1985, cap. III, pp. 120-121.

⁶⁹² Véase Josep Maria Llobet Portella, *La “Taula de Canvi” de Cervera y su entorno socio-económico (1599-1715)*, Instituto de Estudios Ilerdenses, Lleida, 1985, cap. III, p. 121.

⁶⁹³ F. Xavier Calicó, “Un escudo de Felipe III o IV, contramarcado por la “Taula de Comuns Depósits” de Gerona, en la Guerra de Separación”, en *Gaceta Numismática*, 1975, n.º 39, pp. 27-30.

las necesidades de la lucha, por lo que ésta quedó acreedora de una enorme suma⁶⁹⁴. En efecto, la *Taula de Canvi de Gerona* actuó con un sistema bancario basado en un coeficiente de caja de reserva fraccionaria en relación a los depósitos bancarios de dinero, esto es, en contra de los principios generales del derecho respecto al derecho de propiedad del depositante. Esta institución continuó su función hasta el año 1738 en que Felipe V ordenó su liquidación de cuentas y en el año 1740 a su extinción completa.

La Taula de Canvi de Lérida

Hay muy pocos estudios a fondo respecto a la *Taula de Canvi* de Lérida salvo algunas referencias a obras generales o breves artículos periodísticos⁶⁹⁵. La proximidad geográfica, temporal y socio-económica con su institución homónima cervariense sería un objeto de investigación interesante. Por consiguiente, los síndicos de la ciudad de Lérida expusieron al monarca las razones por las que pedían el otorgamiento del privilegio fundacional de la *Taula de Canvi* de Lérida en las Cortes celebradas en Monzón en el año 1585. Las razones fueron las siguientes⁶⁹⁶:

- Recibir la mayor parte de las lanas procedentes de los hatos de ganado situados en la montaña y en Aragón y, asimismo de los cereales del Urgel y de la Litera.
- Ser lugar de paso de los rebaños que se desplazaban de la montaña al llano o a la inversa, según la época del año.
- La última, y más importante para nuestro estudio, es la carencia de un banco de carácter oficial capaz de ofrecer garantías a los comerciantes que concurrían a ferias y mercados, quienes se veían en la necesidad, si deseaban obtener alguna seguridad en la custodia de su dinero, de depositarlo en los recintos sagrados de

⁶⁹⁴ Josep Maria Llobet Portella, *La "Taula de Canvi" de Cervera y su entorno socio-económico (1599-1715)*, Instituto de Estudios Ilerdenses, Lleida, 1985, cap. III, p. 122.

⁶⁹⁵ Enrique Mut Remolá, "La Taula de Canvis", en *Ciudad*, volumen I, Lérida, 1949, p. 14; José Tortosa Durán, "El mercantilismo del siglo XVI y el Consulado de Mercaderes de Lérida", *Ilerda*, XVIII, Lérida, 1954, pp. 55-92, especialmente las páginas 82-92; Josep Lladonosa i Pujol, "La Taula de Canvis" en *La Boira*, n.º 12, Lleida, 1979, p. 13 así como también el mismo autor con un trabajo titulado *Història de Lleida*, vol. II, Tàrrrega, F. Camps Calmet, 1972-1974, pp. 278-282.

⁶⁹⁶ Josep Maria Llobet Portella, *La "Taula de Canvi" de Cervera y su entorno socio-económico (1599-1715)*, Instituto de Estudios Ilerdenses, Lleida, 1985, cap. III, p. 122.

iglesias y monasterios, con la incomodidad que todo ello representaba para la agilidad de las operaciones mercantiles.

Finalmente Felipe II concedió la merced solicitada, autorizando la creación de la *Taula* leridana conforme a las existentes en el Principado catalán. Ya en el mes de junio de 1585, el Consejo General se acordó una comisión para llevar a la práctica el privilegio real y posteriormente, en el año 1588, el citado Consejo General aprobó las ordenanzas que reglamentaban el funcionamiento y la organización de la *Taula*, que fueron autorizadas por el capitán general del Principado el año siguiente. Esta institución se situó en la casa de la *Paeria*⁶⁹⁷ y su extinción no está datada aunque se intuye que tuvo lugar en la primera mitad del siglo XIX.

La Taula de Canvi de Manresa

La figura acerca de la *Taula de Canvi* de Manresa⁶⁹⁸ ha sido poco investigada y su información está dispersa, a falta de una monografía profunda sobre esta institución. La *Taula* manresana se instituyó en la *Casa de la Ciutat* con fecha de 14 de Junio de 1603 mediante un privilegio concedido por el arzobispo de Tarragona, lugarteniente y capitán general del Principado. La sala de la *Taula* disponía de un armario para guardar los libros, una mesa para la recepción y entrega de valores, una caja grande con cinco llaves para la custodia de las monedas y las joyas, y otra de menor tamaño que se cerraba con dos llaves. La *Taula de Canvi* de Manresa disponía de diversas funciones⁶⁹⁹:

- Mantener el secreto de las operaciones y saldos de los libros.
- Abrir la *Taula* dos días a la semana: el viernes para cobrar y el sábado para pagar. Asimismo, estarían obligados a asistir a la *Taula* en otras ocasiones si los *consellers* de la ciudad lo estimaban conveniente.

⁶⁹⁷ En la fachada de la casa se colocó una lápida que perdura aún y en la cual expresa lo siguiente: “*Taula del Cambi i Depòsits de la Ciutat de Lleida, erigida l’any 1589*”.

⁶⁹⁸ Magí Canyelles, *Descripció de la grandesa y antiquitats de la ciutat de Manres*, Imprenta de Antón Esparbé, Manresa, 1896, pp. 46-51, 75-76 y 119-120.

⁶⁹⁹ Josep Maria Llobet Portella, *La “Taula de Canvi” de Cervera y su entorno socio-económico (1599-1715)*, Instituto de Estudios Ilerdenses, Lleida, 1985, cap. III, p. 123-124.

- El *tauler*, como jefe de la *Taula*, debía proveer la misma de plumas, cuchillos, papel y tinta, y, durante el invierno, de carbón para los braseros.
- Y, por último, la más interesante para nuestro estudio en relación al contrato de depósito irregular de dinero, el responsable del libro Mayor no permitía la entrega de sumas de dinero superiores al saldo de las cuentas de dicho libro, pues en caso contrario se haría responsable del debito. En particular, y a diferencia de otras Taulas, la *Taula de Canvi* manresana parece ser que incentivaba la custodia del *tantundem* y el respeto al derecho de propiedad que los principios generales del derecho exigen, es decir, el mantenimiento de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien. Desafortunadamente, no hay modo de saber si se produjo una apropiación de los depósitos por parte de la *Taula* en alguna ocasión durante de la vida esta institución.

La Taula de Canvi de Palma de Mallorca

La información sobre la *Taula de Canvi* no es muy prolífica⁷⁰⁰. La creación de la *Taula* mallorquina nació debido a la fundación de la *Taula de Canvi* barcelonesa puesto los mensajeros y embajadores de aquella ciudad solicitaron la concesión de una *Taula* similar a la de Barcelona, garantizada con los bienes y rentas municipales para que todo el mundo pudiera depositar sus caudales, al rey Martín. Este primer intento es muy posible que fracasara, aun disponiendo de una carta expedida por el monarca manifestando su conformidad en Burjassot el día 8 de julio de 1401⁷⁰¹. Un segundo intento tuvo su origen cien años después cuando el Gran y General Consejo aprobó el acuerdo de constitución el día 9 de enero de 1506 y su reglamento compuesto por treinta capítulos ya estaban redactado el 17 de abril de 1507, fecha en la cual juraron sus cargos el *tauler* Bartomeu de Pachs, Gabriel Perpinyà, mercader, y Joan Audinet, platero. La

⁷⁰⁰ Véase el trabajo de Antoni Pons, “La banca mallorquina en temps de Ferran el Catòlic; els seus precedents”, en *V Congreso de Historia de la Corona de Aragón*, vol. IV, Diputación Prinvicial de Zaragoza, 1962, pp. 141-200; Antoni Mercader Frau, *Taula de Canvis*, Consell de Mallorca, Departament de Cultura i Patrimoni, Palma, 2007.

⁷⁰¹ Josep Maria Llobet Portella, *La “Taula de Canvi” de Cervera y su entorno socio-económico (1599-1715)*, Instituto de Estudios Ilerdenses, Lleida, 1985, cap. III, p. 124.

creación de la *Taula* mallorquina fue anunciada en público en mayo de 1507 y sus ordenanzas exponen los siguientes puntos, entre otros:

- Toda persona podrá depositar dinero, oro, plata, perlas, piedras preciosas o cualquier joya, tanto para negociar con ello como para tenerlo bien custodiado.
- Serán elegidas tres personas para una mejor, segura y más agil administración de la institución: una del estamento militar o de los ciudadanos, cuyo oficio sea recibir todas las monedas o cualquier otra cosa que sea depositada (denominada *tauler*); otra del estamento de los mercaderes honrados que tendrá el cargo de llevar los libros Manual y Mayor; y, por último, una tercera persona del estamento y oficio de platero, quien pesará y examinará todas las monedas que se reciban o se entreguen en dicha *Taula*.

No se tiene constancia de la vida final de la *Taula* mallorquina, si bien se dispone de un inventario del siglo XVIII aunque un incendio arrasó la casa del Ayuntamiento y destruyó una parte de ello desafortunadamente el día 28 de febrero de 1894⁷⁰². Por último *Las Taulas de Canvi* de Perpiñán, Tarragona, Tortosa, Valencia y Vic son semejantes a las anteriores y no se dispone de abundante bibliografía tampoco⁷⁰³.

La banca veneziana durante los siglos XIV-XVI: los banqueros Garzoni, Lippomani, Agostini, Arimondo y la propuesta fallida de una banca legítima por Giovanni Dolfin

La insolvencia y las continuas bancarrotas crearon múltiples estragos en el mercado monetario veneciano, dando a lugar a procedimientos concursales largos y costosos tanto para los depositantes como para los bancos. Por consiguiente, la estrecha situación monetaria de la época provocó serios problemas económicos para los ciudadanos y para los extranjeros en general. Muchas autoridades públicas locales y legisladores juzgaron que los bancos privados de la época fueron incapaces de proveer un servicio público

⁷⁰² Josep Maria Llobet Portella, *La “Taula de Canvi” de Cervera y su entorno socio-económico (1599-1715)*, Instituto de Estudios Ilerdenses, Lleida, 1985, cap. III, p. 125.

⁷⁰³ Josep Maria Llobet Portella, *La “Taula de Canvi” de Cervera y su entorno socio-económico (1599-1715)*, Instituto de Estudios Ilerdenses, Lleida, 1985, cap. III, p. 125-129.

para el cual habían sido autorizados; fueron demasiados libres con los fondos entregados por los depositantes para merecer la confianza pública, demasiado incontrolables, demasiado desregulados. Por esta razón, la deplorable situación económica facilitó algunas discusiones para la creación de una institución pública bancaria en Venezia en la segunda mitad del siglo XIV. Las autoridades políticas discutieron tres propuestas para crear una institución pública bancaria con un profundo debate y seria consideración, cada una de ellas discutidas en mitad de una crisis monetaria y bancaria. A continuación, se estudiará la primera propuesta⁷⁰⁴ -no aprobada y votada negativamente- que fue hecha pública ante el Senado en el año 1356 por don Giovanni Dolfín, uno de los directores del *Quarantia* “Council of Forty”. De acuerdo con Giovanni Dolfín, este banco público fue concebido para actuar con otros bancos privados y dirigido por tres nobles oficiales, al igual que la mayoría de las oficinas Venecianas y magistraturas. Su primera y única función bancaria hubiera sido aceptar depósitos a la vista de dinero y transferir dinero bancario de persona a persona mediante una orden oral. Además, el pago por el servicio de guarda y custodia de estos depósitos a la vista y las órdenes con cargos a éstos realizados por los oficiales y el equipo de tres contables se remuneraba con el precio de un *soldo*⁷⁰⁵. De hecho, lo más destacado, el banco hubiera prohibido aceptar depósitos a plazo -prestar o invertir dinero- y pagar un interés con cargo a los depósitos de dinero a la vista, esto es, se obligó mantener un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien⁷⁰⁶. La propuesta de Giovanni Dolfín nació para ser una institución bancaria sólida y segura para la ciudad de Venecia si bien ésta fue rechazada por un amplio margen en el *Quarantia*. Finalmente, aunque la proposición de Giovanni Dolfín fue retomada de nuevo por

⁷⁰⁴ Reinhold C. Mueller, *The Venetian money market: banks, panics, and the public debt 1200-1500*, volumen II, John Hopkins University Press, London, 1997, parte primera, cap. 3, pp. 110-118 y especialmente la página 112.

⁷⁰⁵ Reinhold C. Mueller explica que “Its primary function would have been that of accepting deposits on current account and of transferring bank money from person to person upon oral order. A fee of 1 soldo was to have been exacted, in order to pay the salaries of the officials and the staff of three accountants”, Reinhold C. Mueller, *The Venetian money market: banks, panics, and the public debt 1200-1500*, volumen II, John Hopkins University Press, London, 1997, parte primera, cap. 3, p. 112.

⁷⁰⁶ Reinhold C. Mueller apunta que “*The bank -or perhaps more correctly the public clearing institution- would have been prohibited from accepting conditioned deposits, from lending or investing money, and from paying interest. Obligated as it would have been to maintain 100 percent reserves, Dolfín’s proposal institution was meant simply to be a solid and trustworthy intermediary in the traditional clearing process operative on the Rialto, a public service*”, Reinhold C. Mueller, *The Venetian money market: banks, panics, and the public debt 1200-1500*, volumen II, John Hopkins University Press, London, 1997, parte primera, cap. 3, p. 112, (las cursivas son mías).

Michele Morosini -miembro del comité bancario del Senado “*sapientes cambiorum*”- en términos intervencionistas y restrictivos, ésta fue rechazada igualmente en el año 1374⁷⁰⁷. De hecho, hay evidencias indirectas del ejercicio de la actividad bancaria con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria en la ciudad de Venecia en los siglos XIV y XV que muestra cómo los bancos mantuvieron un coeficiente de reserva bancaria menor al cien por cien ya que los banqueros de la época no siempre devolvían los depósitos confiados y a su vez desarrollaron diferentes plataformas para dilatar la restitución de los depósitos. Así lo explica Richard A. Goldthwaite: “Little is known about this economic effect of early banking. Indirect from Venice -mostly from government records of regulatory policy - suggests that bankers did hold less than 100 percent reserves: the government required them to post security to protect their depositors, complaints are heard that bankers were not always prompt in making payment on request, and bankers seemed to have developed devices for delaying payment”⁷⁰⁸. Igualmente Frederic C. Lane afirma que “Earlier bankers [...] held a volume of deposits which enabled them, in ordinary times, to satisfy their depositors without keeping all their funds on hand in cash”⁷⁰⁹. El uso de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria fue una práctica común en los bancos venezianos de esta época⁷¹⁰.

⁷⁰⁷ Reinhold C. Mueller destaca que la propuesta de Michele Morosini -plantada correctamente al funcionar con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del 100 por cien- comprendía una solución drástica ulterior; eliminar toda la banca privada de depósito. Naturalmente, la propuesta de Michele Morosini sólo ganó diecisiete votos en el Senado: “Morosini went a step further than Giovanni Dolfín, however, and proposed first the drastic solution of prohibiting private deposit banking altogether; he envisioned heavy penalties against nobles or citizens who would open banks. The place of the private banks would be taken by a state bank (“*unum banchum* [fiat et deputetur] per Comune”) that would have a monopoly on transfer operations. [...]. As in Dolfín’s proposal, they were forbidden to accept deposits at interest or make loans but were only to “transfer payments from person to person”. Obviously, the bank was to maintain 100 percent reserves”, Reinhold C. Mueller, *The Venetian money market: banks, panics, and the public debt 1200-1500*, John Hopkins University Press, London, 1997, parte primera, cap. 3, pp. 113-114, (las cursivas son mías). Igualmente, otra propuesta votada -pero sin efecto- en septiembre del año 1421, sugirió eliminar la existencia de un “agio” -interés- entre el dinero bancario y la moneda contante, esto es, moneda en especie o metálica: “Its primary aim was to bring an end to the existence of an agio between bank money and specie. Restrictions were placed on the use of bank money; bills of exchange, for example, were to be paid in specie”, Reinhold C. Mueller, *The Venetian money market: banks, panics, and the public debt 1200-1500*, volumen II, John Hopkins University Press, London, 1997, parte primera, cap. 3, p. 117.

⁷⁰⁸ Reinhold Mueller, “The Role of Bank Money in Venice, 1300-1500”, *Studi veneziani*, n.s. III, (1979), pp. 73-74, citado en Richard A. Goldthwaite, “Local banking in Renaissance Florence”, *Journal of European Economic History*, 14, Rome, 1985, p. 37.

⁷⁰⁹ Frederic C. Lane, “Venetian bankers, 1496-1533: A study in the early stages of deposit banking”, *Journal of Political Economy*, volumen 45, número 2, 1937, p. 187.

⁷¹⁰ Reinhold C. Mueller describe el proceso de creación monetaria basado en un sistema financiero con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria de la siguiente manera: “the creation of money is made

Gracias a las crónicas y diarios de Marino Sanuto⁷¹¹ a finales del siglo XV y principios del siglo XVI, se dispone de algo de información en relación a los banqueros de Venezia durante los años 1496-1533. Marino Sanuto describe en sus crónicas un listado de diez bancos⁷¹² en Venezia entre la famosa liquidación de Pietro Soranzo de 1491 y la creación de un nuevo grupo de banqueros en torno a la mitad del siglo XVI. Naturalmente, estos diez bancos (no incluye la función de los cambistas) son entidades de depósito *-banchi di scritta-* que realizan sus negocios mediante transferencias escritas de depósitos y asientos contables en los libros de contabilidad de los bancos. De los diez bancos mencionados en la nota de página anterior, cuatro de ellos terminaron insolventes y quebraron definitivamente. Marino Sanuto recogió diferentes detalles del proceso de quiebra de estos cuatro bancos -Garzoni, Lippomani, Agostini y Arimondo- y una amplia documentación financiera sobre los estados contables de cada uno de

possible by the acceptance of deposits on current account and their transfer in bank. The more clients develop the habit of paying by transfer, the more of the original deposit the banker can lend or invest. After setting aside a reserve with which to meet demand for cash withdrawals, the banker can invest and lend the excess reserve at the same time that the depositor can use his claim against the banker for paying his own debts. A system of bankers holding accounts with one another creates money or credit by the mechanism of multiple expansion, thus adding to the total money supply”, Frederic C. Lane y Reinhold C. Mueller, *Money and banking in medieval and Renaissance venice*, volumen I: coins and moneys of account, The John Hopkins University Press, London, 1985, parte I, cap. VI, p. 79. Aunque la descripción del funcionamiento de un sistema financiero basado en un coeficiente de caja de reserva fraccionaria de estos autores es correcta, sin embargo ambos aplauden los beneficios de un sistema bancario de reserva fraccionaria: “Since the banks had to retain only a fractional cash reserve in order to meet daily demand, they contributed to the transformation of wealth into productive capital by lending the excess reserves to other businessmen and by investing directly in commerce and manufacture”, Frederic C. Lane y Reinhold C. Mueller, *Money and banking in medieval and Renaissance venice*, volumen I: coins and moneys of account, The John Hopkins University Press, London, 1985, parte I, cap. V, p. 63

⁷¹¹ Frederic C. Lane, “Venetian bankers, 1496-1533: A study in the early stages of deposit banking”, *Journal of Political Economy*, volumen 45, número 2, 1937, p. 188.

⁷¹² Estos bancos fueron: (I) Garzoni: fundado en 1430 por Messer Nicolo di Bernardo y Co., quebró en 1499, abrió y volvió a quebrar en 1500; (II) Lippomani: fundado en 1480 por Tommaso Lippomano y Andrea Capello, quebró en 1499; (III) Pisani: fundado en 1475, liquidado en 1500, reabrió en 1504 y quebró después de la muerte de Alvise Pisani en 1528; (IV): Matteo Agostini: sobrevivió a la crisis de 1499 pero quebró en el año 1508; (V): Girolamo di Priuli: fundado en 1507 y forzado a quebrar en 1513; (VI): Capelli: fundado en 1507 por Antonio, Silvan y Vettor Capello y Luca Vendramin; continuó después de 1528 por Silvan Capello e hijos; (VII): Matteo Bernardo: fundado en 1521; quebró en 1524 y reabrió en 1529; (VIII): Antonio di Priuli: fundado en 1522 en estrecha colaboración la banca Pisani y continuó hasta el año 1551; (IX): Andrea e Piero da Molin: fundado en 1523, quebró en 1526; (X): Andrea Arimondo: fundado en 1524, quebró en 1526. Véase para más información Frederic C. Lane, “Venetian bankers, 1496-1533: A study in the early stages of deposit banking”, *Journal of Political Economy*, volumen 45, número 2, 1937, p. 189.

ellos⁷¹³. Según los datos recogidos por Sanuto y articulados en el estudio titulado “Venetian bankers, 1496-1533: A study in the early stages of deposit banking” de Frederic C. Lane, se señalan los porcentajes⁷¹⁴ de apalancamiento, expansión del crédito y el descalce entre el activo y pasivo de los mismos. Así, el banco de Lippomani⁷¹⁵ posee una cantidad de reservas líquidas de 10.000 ducados *-cash-* frente a un total de obligaciones⁷¹⁶ por valor de 120.000 ducados *-liabilities-*, esto es, este banco es muy probable que tuviera una capacidad de crear medios de pago fiduciarios y expandir la masa monetaria mediante una ratio de reserva bancaria fraccionaria relativamente bajo. Igualmente, el banco de Agostini⁷¹⁷ tiene una cantidad de reservas líquidas netas de 9.000 ducados *-cash-* frente a un total de obligaciones por valor de 110.000 ducados *-liabilities-*, por lo que su capacidad de expansión del crédito es altamente posible. Los bancos Garzoni⁷¹⁸ y Arimondo⁷¹⁹ alcanzan un total de obligaciones totales de 90.000/200.000 ducados y 27.000 respectivamente, sin embargo no disponemos de las cantidades de reservas líquidas *-cash-* del activo de cada uno de ellos. Las sonadas quiebras bancarias de Lippomano y Agostini causaron una enorme angustia social y económica por realizar una banca deshonesto y apropiarse de los depósitos de los clientes. Frederic C. Lane apunta que “Agostini and Lippomano were the two bankers most blamed for dishonest banking. This may have been more because of their attempts to avoid the liquidation of all their personal possessions to pay the debts of the bank than because of their excessive borrowing from their banks. *But the combination was certainly damning.* Practically, the resources of the bank and of the banker were considered the same, and he was counted the dishonest banker who tried to keep his

⁷¹³ Se ha de decir que los balances financieros de estos cuatro bancos -Lippomani, Garzoni, Agostini y Arimondo- ofrecen una visión superficial y aproximada, pero no precisa, de sus estados contables. Frederic C. Lane, “Venetian bankers, 1496-1533: A study in the early stages of deposit banking”, *Journal of Political Economy*, volumen 45, número 2, 1937, pp. 192-193.

⁷¹⁴ Las cifras recogidas por Sanuto no distinguen entre los recursos personales del banquero y aquellos pertenecientes a la sociedad bancaria, véase Frederic C. Lane, “Venetian bankers, 1496-1533: A study in the early stages of deposit banking”, *Journal of Political Economy*, volumen 45, número 2, 1937, p. 193.

⁷¹⁵ Frederic C. Lane, “Venetian bankers, 1496-1533: A study in the early stages of deposit banking”, *Journal of Political Economy*, volumen 45, número 2, 1937, p. 192.

⁷¹⁶ No distingue aquellas obligaciones que son a la vista

⁷¹⁷ Frederic C. Lane, “Venetian bankers, 1496-1533: A study in the early stages of deposit banking”, *Journal of Political Economy*, volumen 45, número 2, 1937, p. 192.

⁷¹⁸ Frederic C. Lane, “Venetian bankers, 1496-1533: A study in the early stages of deposit banking”, *Journal of Political Economy*, volumen 45, número 2, 1937, p. 192.

⁷¹⁹ Frederic C. Lane, “Venetian bankers, 1496-1533: A study in the early stages of deposit banking”, *Journal of Political Economy*, volumen 45, número 2, 1937, p. 193.

own wealth after he had taken that of his depositors”⁷²⁰. Incluso, la distinción entre los tipos de inversión hechos en nombre del banco o en nombre del banquero de modo personal es una cuestión de notable importancia para los depositantes en caso de quiebra del banco aunque hay algunas referencias contemporáneas de un mercante y banquero llamado Girolamo Priuli que no distingue entre los asuntos del banco y del banquero prácticamente. De hecho, según Frederic C. Lane, el marco de responsabilidad de los banqueros en caso de liquidación y quiebra bancaria era personal lo cual incentivaba una mejor actuación de los banqueros marginalmente ya que “when there was a run on the bank the important question was how much cash could the banker and his family realize from all their resources. In sixteenth-century Venice banking was not a specialized business; it was a part of the larger operations of merchant nobles”⁷²¹.

Los préstamos de la banca veneziana del siglo XV-XVI a individuos privados y al estado eran cantidades más voluminosas que las mostradas por los extractos bancarios de los bancos quebrados. Los préstamos a los mercaderes fueron en forma de giros o saldos en descubiertos, algunas veces por cientos de ducados, algunas veces por miles de ducados⁷²². Las crisis bancarias fueron sucediéndose cada poco tiempo desde 1496 hasta 1533. La quiebra de la banca de Agostino en el año 1508 fue atribuida a la incapacidad y deshonestidad exclusiva de su actividad bancaria pues su banco debió una cantidad de 65.000 ducados de los 110.000 ducados pendientes y, además, envió a su mujer, hijos y todo su patrimonio personal a Mantua un mes antes de la quiebra, “...por lo que deseaba que la quiebra del banco fuera con el dinero de otros”⁷²³. Otra crisis bancaria sucedió en el año 1509 debido a las fuertes tensiones del resto de Europa contra Venecia. La emergencia del pago de intereses del “*monte nuovo*” fueron suspendidos y se produjo una corrida bancaria en el banco de Pisani. Este banco solicitó ayuda al gobierno, recibió una cantidad de 15.000 ducados y con esta ayuda recibida

⁷²⁰ Frederic C. Lane, “Venetian bankers, 1496-1533: A study in the early stages of deposit banking”, *Journal of Political Economy*, volumen 45, número 2, 1937, p. 194, (cursivas mías).

⁷²¹ Frederic C. Lane, “Venetian bankers, 1496-1533: A study in the early stages of deposit banking”, *Journal of Political Economy*, volumen 45, número 2, 1937, p. 195.

⁷²² Frederic C. Lane, “Venetian bankers, 1496-1533: A study in the early stages of deposit banking”, *Journal of Political Economy*, volumen 45, número 2, 1937, p. 196.

⁷²³ Frederic C. Lane, “Venetian bankers, 1496-1533: A study in the early stages of deposit banking”, *Journal of Political Economy*, volumen 45, número 2, 1937, p. 199.

sobrevivió al pánico financiero y bancario⁷²⁴. El banco de Girolamo Priuli fue víctima indirecta de la crisis de 1509 y fue forzado a desaparecer en el año 1513 ya que su quiebra se debió a la concesión de créditos al gobierno y a la pérdida personal de la cantidad de 10.000 ducados por la suspensión del *monte nuovo* en el año 1509⁷²⁵. El uso de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria por parte de muchos banqueros siguió funcionando correctamente y los bancos pudieron continuar su negocio sin la necesidad de pagar reservas líquidas o dinero contante a la vista. Sanuto -el cronista- describió la situación bancaria de diciembre de 1522 de la siguiente manera: “These [the banks] do business by transfers on their books [fanno facende di partide] but there is little cash in circulation, nor do they any longer keep money in the bank as they used to do, but, after a deposit is credited [fata la partide], if the depositor wishes to draw his money, even if not a large sum, they send above to get it. And this is because of the great variety of coins current in this country”, y comenta en junio del año 1523 “...The banks are in bad shape. They do not keep money in the bank nor can one withdraw without a loss...and they are banks, one may say, for transfer only [*solum di scrittura*]”⁷²⁶. La lentitud de los bancos para pagar en moneda contante a la vista y la escasez de monedas de buena calidad en circulación -oro y plata- favorecieron una expansión crediticia por el uso de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria. En palabras de Frederic C. Lane “Since they could stall off depositors seeking cash, they could increase their loans, by writing new deposits to the credit of the borrowers, with relative impunity” y continua diciendo que “As early as 1520 the bank money had depreciated in terms of full-weight specie. Its depreciation was accounted for by Sanuto entirely in terms of the many bad coins in circulation, *but one may suspect that an expansion of bank credit was partly responsible*. Such an expansion is understable in light of the large activities of the Pisani bank”⁷²⁷. Precisamente, la expansión del crédito de la banca Pisani produciría un

⁷²⁴ Frederic C. Lane, “Venetian bankers, 1496-1533: A study in the early stages of deposit banking”, *Journal of Political Economy*, volumen 45, número 2, 1937, p. 199.

⁷²⁵ Frederic C. Lane, “Venetian bankers, 1496-1533: A study in the early stages of deposit banking”, *Journal of Political Economy*, volumen 45, número 2, 1937, p. 199.

⁷²⁶ Frederic C. Lane, “Venetian bankers, 1496-1533: A study in the early stages of deposit banking”, *Journal of Political Economy*, volumen 45, número 2, 1937, pp. 199-200.

⁷²⁷ En efecto el banquero Alvise Pisani emprendió una fructuosa carrera política y aprovechó el uso de su banca para proveer distintos servicios financieros al estado, por ejemplo, mediante la compra de emisión de deuda del gobierno o el pago de los gastos de la guerra. Véase Frederic C. Lane, “Venetian bankers, 1496-1533: A study in the early stages of deposit banking”, *Journal of Political Economy*, volumen 45, número 2, 1937, pp. 200-201, (las cursivas son mías).

incremento en el volumen de los depósitos, cierta inflación y un aumento de la creación de medios de pago fiduciarios que ha sido resumida del siguiente modo: “In return for the cash he had furnished, or for the obligations to pay at a future date which he had assumed, the banker was assigned certain revenues to be paid to him as collected. *Most of the banker’s loans to the state did not involve an immediate outlay of cash; they usually resulted merely in creation of deposits.* Their deposits were probably used as were the other recorded on the banker’s books. The holders of these deposits could and probably would use them to settle many of their debts, and this would frequently have no other result for the banker than a transfer of credit on his books from one account to another. There was, therefore, a reasonable chance that the credits created on the banker’s book would not be drawn out until after he had collected the revenues assigned. *Meanwhile the amount of bank credit circulating as a medium of exchange would have increased. Any loans to the government which the banker could manage simply by crediting additional deposits on his books would produce a certain inflation*”⁷²⁸.

La crisis bancaria florentina en la segunda mitad del siglo XVI: las fuentes testimoniales de Giuliano de’ Ricci

Como hemos visto en el anterior epígrafe sobre la banca florentina en el siglo XIV-XV, el papel del crédito jugó una posición cada vez más destacada, junto con la moneda metálica, en la formación de la masa de medios de pago. Los documentos de la ceca revelan que a partir de 1558 hubo un aumento espectacular de las acuñaciones de plata que fue compensado, por lo menos en parte, por un descenso de las acuñaciones en oro. De todos modos, la masa de medios de pago disponibles no estaba representada únicamente por la moneda metálica en circulación pues la masa monetaria -la M1 o M2- comprendía la moneda escrituraria bancaria, esto es, los *depósitos bancarios*⁷²⁹. Según Carlo M. Cipolla, este tipo de moneda suponía un porcentaje de la masa monetaria total bastante considerable -sin estimaciones oficiales- durante la segunda

⁷²⁸ Frederic C. Lane, “Venetian bankers, 1496-1533: A study in the early stages of deposit banking”, *Journal of Political Economy*, volumen 45, número 2, 1937, p. 202, (las cursivas son mías).

⁷²⁹ Carlo M. Cipolla, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, primera parte, cap. VI, pp. 96-97.

mitad del siglo XVI en la plaza de Florencia, si bien hay indicios claros que indican que fue muy elevado. En efecto, el estudio de los libros de contabilidad de los principales bancos florentinos (los de los Ricci, Zanobi Carnesecchi y Alessandro Strozzi, Giovan Battista Servi, Averardo y Anotnio Salviati, Luigi y Alessandro Capponi, Nicolò y Francesco Capponi y otros) ocuparían un volumen de trabajo inmenso durante un tiempo muy prolongado⁷³⁰. Sin embargo, hay testimonios y crónicas útiles para descifrar, si acaso, la situación del crédito florentino en la segunda parte del siglo XVI. El cronista Giuliano de' Ricci escribió en su *Cronaca* la supremacía del banco de Federigo di Roberto de' Ricci y de otros menores bancos -Carnesecchi y Strozzi, Gio. Battista Servi, Nicolò y Francesco Capponi- en forma de oligopolio en el cual afirmaba que el banco de Ricci tuvo “tal crédito que todos los dineros tanto públicos como privados aflúan a ese banco y era verdaderamente el cajero de todos”⁷³¹ y fue capaz de determinar “a su antojo” las condiciones de “estrechez” o “ensachamiento”, esto es, las condiciones de escasez o abundancia de medios de pago⁷³². La buena marcha del banco de Ricci se pudo deber a las grandes facultades empresariales de Marcello di Giovanni Acciaiuoli -yerno de Federigo de' Ricci- como también a las considerables conexiones de Federigo de' Ricci con Cosme dado que éste último cedió la tesorería del gran ducado al banco de Ricci. No obstante, el tema principal a estudiar de este trabajo, Carlo M. Cipolla señala que “los directivos del banco de Ricci usaron los fondos públicos como base monetaria para una política de expansión crediticia, propiciada por la situación europea, donde las letras de cambio había entrado en una larga fase de crecimiento febril cada vez más desvinculado de las operaciones comerciales”⁷³³. Es más, durante los años sesenta, la economía florentina experimentó un elevado nivel de actividad económica debido a la política de expansión crediticia del banco de Ricci que

⁷³⁰ Carlo M. Cipolla, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, primera parte, cap. VI, p. 97.

⁷³¹ Giuliano de' Ricci, *Cronaca (1532-1606)*, G. Saporì, ed., Milán-Napolés, 1972, p. 255, citado en Carlo M. Cipolla, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, primera parte, cap. VI, p. 98.

⁷³² “Cuando se dice la plaza estrechar o ensanchar, se entiende que hay pocos o muchos dineros de los mercaderes para cambiar”, Bernardo Davanzati, “Notizie de' Cambi” en *Scisma d' Inghilterra con altre operette*, Milán, 1807, p. 163, citado en Carlo M. Cipolla, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, primera parte, cap. VI, p. 99.

⁷³³ Carlo M. Cipolla, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, primera parte, cap. VI, p. 100.

arrastró a los demás bancos por el mismo camino de la euforia crediticia⁷³⁴. El sistema bancario basado en un coeficiente de reserva fraccionaria y el aumento de medios de pago desembocaron en una grave crisis de liquidez en todo el sistema bancario y cada vez fue más frecuente el hecho de que cuando el cliente de un banco pedía moneda contante, el banco no era capaz de “contar” (como se llamaba a pagar en metálico), y pagaba con una póliza (orden escrita de pago, similar al cheque) librada contra otro banco, en el que el primer banco pretendía tener crédito. El segundo banco hacía lo mismo, y el pobre depositante iba de un banco a otro sin conseguir la moneda metálica que necesitaba, o la conseguía si aceptaba que el pago se realizara con un descuento llamado “agio”⁷³⁵.

Se dispone de más testimonios y crónicas que denuncian la situación bancaria y financiera de la Florencia en la segunda parte del siglo XVI. En concreto, un bando de enero de 1574 denunció la situación en los siguientes términos: “Algunos banqueros públicos usan al negociar mercantilmente modos muy perjudiciales para los acreedores quienes tratando de valerse en todo o en parte de sus créditos son enviados por esos banqueros de unos a otros, y no pueden conseguir el pago requerido salvo en asignaciones, giros de escrituras o en moneda mínima de manera que muchas veces para evitar los retrasos ... se ven forzados contra todo derecho a pagar agios de moneda a un tanto por ciento...”⁷³⁶. Igualmente, las consecuencias del sistema florentino bancario de la época que actuaba conforme a un coeficiente de caja de reserva fraccionaria en relación a los depósitos bancarios fueron descritas por el cronista Bastiano Arditi que

⁷³⁴ A este respecto el análisis de Carlo M. Cipolla es deficiente y muy peligroso desde un punto de vista de la teoría económica. El historiador Cipolla afirma todo lo contrario a lo expuesto previamente en el texto, a saber, que “la economía florentina experimentó un elevado nivel de actividad económica y es verosímil que dicha actividad también se apoyara en la euforia crediticia”, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, primera parte, cap. VI, p. 100 (cursivas mías). Este análisis de estudio, de corte monetarista, a las etapas recesivas, considera que el resultado de una contracción de la oferta monetaria es causa de la disminución global del crédito. Cipolla no enfoca su análisis a la etapa previa del *boom* económico, cayendo por tanto, inconscientemente, en una interpretación “monetarista” de la historia, en la cual el *boom* artificial resultado de la expansión del crédito no se reconoce como el verdadero origen y causa de las posteriores e inevitables recesiones.

⁷³⁵ Carlo M. Cipolla, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, primera parte, cap. VI, p. 100.

⁷³⁶ L. Cantini, *Legislazione toscana raccolta e illustrata*, Florencia, 1800-1807, VIII, p. 88 (7 de enero de 1574), citado en Carlo M. Cipolla, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, primera parte, cap. VI, p. 101.

analizó la situación con esta pintoresca expresión “los bancos sólo pagaban con tinta”⁷³⁷. Bastiano Arditi expone que el malestar cundía sobre todo los sábados, cuando, en palabras de un testigo, “los *maruffini* de los talleres no podían conseguir [de los bancos] dineros para poder pagar los artesanos”⁷³⁸. Giuliano de’ Ricci sostiene que la crisis no se notaba sólo los sábados, al recibir la paga, sino también cada vez que una compañía necesitaba líquido para un negocio importante y los bancos no eran capaces de “contar”. La dispuesta entre el banco de Ricci y el banco de Carnesecchi y Strozzi, en las personas de sus respectivos directores, Marcello Acciaiuoli y Napoleone Cambi, fue especialmente grave, por la repercusión que tuvo en la economía florentina. El banco de Carnesecchi y Strozzi “teniendo muchos negocios en Lucca necesitaba muy a menudo moneda contante para mandarla a tal lugar” y por ello trató de retirar la moneda contante en “partidas grandes” de la cuenta que tenía en el banco de Ricci, pero éste, en varias ocasiones, no pudo “contar” y “más de una vez -cuenta el cronista- surgieron malas satisfacciones y altercados de palabra entre Marcello Acciaiuoli [administrador del banco de Ricci] y Napoleone Cambi [administrador del banco de Carnesecchi y Strozzi]”⁷³⁹.

El cronista Giuliano de’ Ricci sitúa el inicio de la crisis financiera y bancaria entre 1573, año en que falleció Federigo de’ Ricci y Napoleone Cambi fue nombrado director de la Depositaria Generale del gran duque, y 1575, año en que falleció Marcello Acciaiuoli, yerno de Federigo de’ Ricci y alma directiva del banco⁷⁴⁰. Sin embargo, la crisis bancaria florentina no fue resultado de estos acontecimientos inesperados sino, todo lo contrario, es causa de la expansión crediticia artificial producida en las épocas anteriores. La publicación de un bando ducal el 17 de julio de 1568 da a entender que

⁷³⁷ B. Arditi, *Diario di Firenze e di altre parti della Cristianità (1574-1579)*, R. Cantagalli, ed., Florencia, 1970, p. 123, citado en Carlo M. Cipolla, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, primera parte, cap. VI, p. 101.

⁷³⁸ B. Arditi, *Diario di Firenze e di altre parti della Cristianità (1574-1579)*, R. Cantagalli, ed., Florencia, 1970, p. 123, *Maruffino* era el “fattore o ministro d’ arte di lana e di seta”, citado Carlo M. Cipolla, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, primera parte, cap. VI, p. 101.

⁷³⁹ Giuliano de’ Ricci, *Cronaca (1532-1606)*, G. Saporì, ed., Milán-Napolés, 1972, p. 255, citado en Carlo M. Cipolla, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, primera parte, cap. VI, p. 101.

⁷⁴⁰ Giuliano de’ Ricci, *Cronaca (1532-1606)*, G. Saporì, ed., Milán-Napolés, 1972, p. 255, citado en Carlo M. Cipolla, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, primera parte, cap. VI, p. 102.

los efectos de la expansión crediticia artificial estaba causando graves problemas económicos poco a poco. Este bando, redactado en términos idénticos al bando antes citado de enero de 1574, trataba de impedir la repetición de los casos cada vez más frecuentes de bancos que se negaban a “contar”, o “contaban” imponiendo un descuento al que llamaban “agio”⁷⁴¹. Por su parte, Napoleone Cambi -como nuevo director de la Depositaria General- se dio cuenta de que este organismo se veía en el mismo trance que el banco Carnesecchi y Strozzi, es decir, que, cuando necesitaba efectivo, el banco de Ricci no era capaz de atender a su petición y pagaba “con tinta”, con “pólizas de banco”. De hecho, Cambi rompió la relación privilegiada que mantenía el banco de Ricci con la tesorería ducal y “tras muchas y muchas dificultades el año 1576 se dio orden a todos los camarlangos del público que no aceptaran en los pagos pólizas de banco, y que no llevaran efectivo a Ricci sino a Depositeria”⁷⁴². Esta decisión provocó consecuencias inesperadas puesto “lo que sucedió después fue que desde entonces en la plaza hubo gran escasez de dineros”⁷⁴³ y una fuerte contracción crediticia que motivó la publicación de un mando en enero de 1574 que confirmaba el anterior bando de 17 de julio de 1568 citado anteriormente en el que ordenaba que los banqueros estaban “obligados a beneplácito de los acreedores a pagarles sin demora en dineros contantes y buena moneda ducal sin descontar agio alguno y sin enviarles de un banco a otro”⁷⁴⁴. A principios de octubre de 1574, el cronista Bastiano Arditi escribió en su *Diario* que “los cajeros de los bancos y otros mercaderes pasaban apuros los sábados para pagar a los pobres artesanos, porque lo único que se veía eran escrituras” y más tarde, en septiembre de 1576, este cronista comenta que “por la ciudad de Florencia se oyeron muchos gritos y lamentos alrededor de los bancos que sólo pagaban con tinta de modo que los *maruffini* de los talleres no podían conseguir dineros para pagar a los artesanos,

⁷⁴¹ L. Cantini, *Legislazione toscana raccolta e illustrata*, Florencia, 1800-1807, VII, pp. 26-27 (17 de julio de 1568), citado en Carlo M. Cipolla, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, primera parte, cap. VI, p. 102.

⁷⁴² Giuliano de' Ricci, *Cronaca (1532-1606)*, G. Saponi, ed., Milán-Napolés, 1972, p. 256, citado en Carlo M. Cipolla, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, primera parte, cap. VI, p. 103.

⁷⁴³ Giuliano de' Ricci, *Cronaca (1532-1606)*, G. Saponi, ed., Milán-Napolés, 1972, p. 256, citado en Carlo M. Cipolla, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, primera parte, cap. VI, p. 103.

⁷⁴⁴ L. Cantini, *Legislazione toscana raccolta e illustrata*, Florencia, 1800-1807, VIII, pp. 88-89, citado en Carlo M. Cipolla, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, primera parte, cap. VI, p. 104.

y sólo se oían lamentos entre los artesanos” y era tan grande el descontento, que el gran duque, temiendo una revuelta, se marchó a su villa de Poggio a Caiano, “y se llevó consigo las tropas del condado”⁷⁴⁵. Posteriormente, se recurrió por enésima vez al papel mojado del banco en noviembre de 1576, prohibiendo a los bancos “obligar a los que tienen que cobrar o que tienen necesidad de moneda de plata” a pagar un agio para obtener efectivo⁷⁴⁶. La “estrechez del dinero” se había hecho insoportable; la banca Ricci anotaba que “cada día se conocen nuevas quiebras de mercaderes y nuevas ruinas de camarlangos del público” en 1578, y dos años después, en 1580, escribía que en la plaza de Florencia “ya no se halla cambio y ya no hay moneda contante ni espíritu vivo”⁷⁴⁷. Incluso, durante buena parte de los años ochenta, las cartas del mercader español Simón Ruiz siguen hablando de una plaza de Florencia caracterizada, salvo en períodos muy cortos, “por una gran estrechez y falta de créditos”⁷⁴⁸.

3

LOS BANQUEROS DE CARLOS V Y LAS CONTRIBUCIONES TEÓRICAS DE LOS MIEMBROS DE LA ESCUELA DE SALAMANCA⁷⁴⁹: EL NEGOCIO BANCARIO EN ESPAÑA DURANTE LOS SIGLOS XV-XVI

Carlos V y sus banqueros: la aportación de Ramón Carande

Ramón Carande es una de las máximas autoridades españolas de la historia económica que escribió una obra monumental titulada con el nombre de *Carlos V y sus banqueros*⁷⁵⁰. El estudio histórico-económico efectuado por Ramón Carande y el

⁷⁴⁵ B. Arditi, *Diario di Firenze e di altre parti della Cristianità (1574-1579)*, R. Cantagalli, ed., Florencia, 1970, p. 123, citado en Carlo M. Cipolla, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, primera parte, cap. VI, p. 105.

⁷⁴⁶ L. Cantini, *Legislazione toscana raccolta e illustrata*, Florencia, 1800-1807, VIII, p. 310, citado en Carlo M. Cipolla, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, primera parte, cap. VI, p. 105.

⁷⁴⁷ Giuliano de' Ricci, *Cronaca (1532-1606)*, G. Saporì, ed., Milán-Napolés, 1972, pp. 249 y 307, citado en Carlo M. Cipolla, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, primera parte, cap. VI, p. 106.

⁷⁴⁸ Felipe Ruiz Martín, *Lettres marchandes echangées entre Florence et Medina del Campo*, París, 1965, cap. XCIII, (versión original en castellano del estudio introductorio en *Pequeño capitalismo, gran capitalismo*, Editorial Crítica, Barcelona, 1990), citado en Carlo M. Cipolla, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, primera parte, cap. VI, p. 106.

⁷⁴⁹ Véase el trabajo de Jesús Huerta de Soto, “La teoría bancaria en la escuela de Salamanca”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UCM*, n.º 89, 1997.

⁷⁵⁰ Ramón Carande, *Carlos V y sus banqueros*, 3 volúmenes, Editorial Crítica, Barcelona y Madrid, 1987.

análisis de la actividad bancaria durante los años del reinado de Carlos V merecen una referencia en este trabajo por diferentes motivos⁷⁵¹. Por un lado, la llegada masiva de metales preciosos procedentes de América⁷⁵² produjo que el centro de gravedad financiero y económico principal de la época se trasladara desde las ciudades comerciales del norte de Italia (Venecia, Florencia, Génova) hacia las principales ciudades españolas de España⁷⁵³ y, en particular, la ciudad de Sevilla. Por otro lado, Carlos V tuvo problemas de financiación regulares para costear su política imperial⁷⁵⁴ y sus continuas necesidades de tesorería le obligaron a solicitar líneas de crédito a través del sistema bancario⁷⁵⁵, adquiriendo liquidez inmediata y aumentando la relación

⁷⁵¹ Véase un trabajo resumido de Ramón Carande, “La economía y la expansión ultramarina bajo el gobierno de los Reyes Católicos”, en *Estudios de historia de España*, tercera edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1976, pp. 9-53 y especialmente las páginas 29-31.

⁷⁵² A colación de este tema, el arbitrista Martín González de Cellorigo representa su noción de depósito en la parte segunda titulada “La causa por la que se saca tanto el oro y la plata de esta República” (pp. 21 reverso y 22) en su libro *Memorial de la política necesaria y útil restauración a la República de España*, Valladolid, 1600 del siguiente modo: “Es de suerte el sacarse el oro y la plata de España, que no parece este reino sino que teniendo sus riquezas a la ley de depósito, las restituye a los otros reinos, como señores de ellas”, véase Marjorie Grice-Hutchinson, *La escuela de Salamanca: Una interpretación de la teoría monetaria española 1544-1606*, estudio introductorio de Luis Perdiges de Blas y John Reeder y traducción de José Luis Ramos Gorostiza, Obra Social de Caja España, Salamanca, 2005, p. 164. La cita en lengua inglesa sería: “In such great quantities are gold and silver taken out of this Realm that we seem to hold our riches only by way of deposit, and hand them over to other Kingdoms as though they were the rightful owners”, Marjorie Grice-Hutchinson, *The School of Salamanca*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama, 2009, p. 108.

⁷⁵³ Asimismo se debe destacar la importancia e influencia de las plazas comerciales castellanas durante el siglo XV, véase la completa obra de Angus Mackay, *Money, price and politics in fifteenth-century castile*, Royal Historical Society, London, 1981.

⁷⁵⁴ Manuel Jesús González expone los efectos del déficit de la Hacienda derivados de las guerras imperiales: “La Corona, a falta de un banco central, financiaba los crecientes déficits de guerra endeudándose con la banca nacional y extranjera. Como las deudas se instrumentaban en parte con depósitos derivados, se potenciaba aún más la actuación del multiplicador bancario. El multiplicador de crédito actuando sobre una base metálica que crecía lo suyo contribuía a incrementar fuertemente la oferta monetaria”, “El contexto genético del pensamiento económico en Castilla durante el siglo XVI”, *Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 37, 2000, p. 24.

⁷⁵⁵ Elena María García Guerra indica que la captación de dinero de los depositantes por parte de los banqueros privados fue destinado, entre otras cosas, a la financiación de las necesidades de la Monarquía, violando el elemento esencial de la custodia del *tantumdem* del depósito irregular de dinero: “En efecto, dentro de la gama de posibilidades que un particular o institución tenía de invertir su dinero, estaba la de depositarlo en manos de los banqueros privados. Éstos desarrollaban su función en las diferentes ciudades castellanas tras haber sido nombrados por el rey, si iban a ejercer en la Corte, o por los ayuntamientos, si iban a ejercer en otra localidad, y tras haber comprobado que sus fianzas eran solventes. Sus cuantías oscilaban entre los 50.000 y los 200.000 ducados. Dichas personas, cuyos establecimientos se conocían como “bancos públicos”, recibían dinero en depósito de los particulares y de las ciudades provenientes de sus impuestos, abrían cuentas corrientes y utilizaban el sistema de transferencia o giro, mediante las letras de cambio. [...] A través de las letras de cambio, los depósitos de los particulares y el desarrollo de las libranzas, algunos de estos banqueros consiguieron reunir grandes sumas que dedicaron a las necesidades de la Monarquía”, Elena María García Guerra, “Los bancos públicos en Madrid durante el reinado de Felipe II: características, actividades y relaciones con las finanzas

tradicional, histórica y manifiesta entre el poder político y los banqueros extraordinariamente. Como no podría ser de otro modo, Carlos V no pudo obviar la quiebra de la hacienda real que tuvo consecuencias devastadores en la economía española como tampoco fue capaz de evitar la bancarrota de aquellos que le proporcionaban las líneas de crédito y toda la liquidez necesaria para abonar todos los gastos de su política imperial. Es más, todo aquel cambista o banquero que fuese financiero del rey significaba que podía ejercer dos papeles en líneas generales. En efecto, Albert Reixach Sala explica que “por un lado, el banquero podía actuar como acreedor directo del monarca anticipándole dinero de sus teóricos caudales privados a cambio de la consignación de futuros ingresos de la tesorería real (por ejemplo, impuestos o concesiones sobre regalías como las cecas). *Por otro lado, el cambista podía ser el intermediario de préstamos concedidos a la Corona limitándose a movilizar depósitos de particulares con cuentas abiertas en su establecimiento o préstamos de acreedores ocasionales*”⁷⁵⁶. El uso del dinero depositado a la vista fue una práctica común de la época por lo que no es extraño que la creciente intervención del poder político en el control de la banca incentivara el negocio bancario con un coeficiente de reserva fraccionaria y, lógicamente, la suspensión de pagos de casi todos los bancos⁷⁵⁷. Las consecuencias económicas de estas continuas bancarrotas motivaron que un grupo de personas, concretamente los miembros del siglo de oro Español, los

municipales” en *Banca, Crédito y Capital. La Monarquía Hispánica y los antiguos Países Bajos (1505-1700)*, edición a cargo de Carmen Sanz Ayán y Bernardo J. García García, Fundación Carlos Amberes, Madrid, 2006, pp. 299-300, (las cursivas son mías).

⁷⁵⁶ Albert Reixach Sala, “Banqueros al servicio del poder: El cambista Ramón Medir de Girona y la tesorería real durante la Guerra de los Dos Pedros (1356-1369) en *Comercio, banca y sociedad en los reinos hispánicos (siglos XIV-XVIII)*, edición a cargo de Ángel Alloza Aparicio, Francisco Fernández Izquierdo y Elena María García Guerra, Ediciones Polifemo, Madrid, 2012, Cap. 2, pp. 57-58, (las cursivas son mías). Reixach Sala añade en su nota a pie de página número 12 que “en la mayoría de los documentos no se hallan indicios de lo que se supone de antemano: *las enormes sumas de moneda difícilmente podían ser de los caudales privados de los banqueros, sino que las habían obtenido de cuentas o préstamos de terceros*”, (las cursivas son mías).

⁷⁵⁷ Elena María García Guerra dice que “la creciente intervención del poder político en el control de la banca se explica justamente por la tendencia de la banca de depósitos y de compensación castellana a convertirse en una banca de negocios sin tener reservas suficientes y la suspensión de pagos del año 1596 también fue un factor que hizo quebrar a muchos bancos, hasta tal punto que a comienzos del siglo XVII, parece que todos o casi todos los bancos del tipo descrito en manos de castellanos -teóricamente los únicos que podían tener un banco dado que este trabajo estaba prohibido a los extranjeros-, habían desaparecido”, Elena María García Guerra, “Una profesión de riesgo: El mercader-banquero castellano durante el siglo XVI” en *Comercio, banca y sociedad en los reinos hispánicos (siglos XIV-XVIII)*, edición a cargo de Ángel Alloza Aparicio, Francisco Fernández Izquierdo y Elena María García Guerra, Ediciones Polifemo, Madrid, 2012, Cap. 3, p. 101.

escolásticos, analizaran los pormenores de las actividades económicas, financieras y bancarias desde un punto de vista teórico, por lo que fueron capaces de establecer contribuciones notables en el ámbito jurídico y económico que han perdurado hasta hoy en día.

El historiador Ramón Carande estudió con detenimiento la banca privada en Sevilla durante los años de Carlos V gracias al descubrimiento de la información de banqueros con motivo de la incautación de metales preciosos que se llevó a cabo en el año 1545 por parte de la Casa de Contratación de Sevilla. Como se ha expresado anteriormente, la mala situación de la hacienda real provocó que Carlos V se apropiara de los depósitos de dinero a la vista de las cajas de los banqueros sevillanos en contra de los principios tradicionales y generales del Derecho. No obstante, los propios banqueros estuvieron acostumbrados a realizar esta práctica con sus propios clientes de modo habitual⁷⁵⁸ y no respetaban el elemento básico de guarda y custodia del *tantundem*, esto es, utilizaban el dinero de los depositantes para usos propios y, por tanto, mantuvieron un coeficiente de caja de reserva fraccionaria en relación con los depósitos irregulares de dinero. De tal manera Marjorie Grice Hutchinson afirma que: “The bankers served their depositors free of charge and used the money deposited with them to finance their own operations. Most of the gold and silver brought in by the fleet passed in this way through the hands of the bankers and served as a basis for the creation of credit”⁷⁵⁹. Estos procedimientos

⁷⁵⁸ El acto de la apropiación del dinero depositado a la vista conllevaba el pago de un interés al depositante en muchas ocasiones. En este sentido Elena María García Guerra considera que “la legalización de los depósitos remunerados con un interés fijo en el siglo XVII ayudó a la captación de capitales, dentro de un sistema económico que no permitía muchas opciones de inversión. Pero en realidad poco se sabe del origen del dinero prestado o depositado en los establecimientos bancarios antes, durante y tras la regulación -por ejemplo, mediante el sistema de “finanzas” o depósitos de feria a feria-, a pesar de que se ha constatado su importancia en la creación del dinero bancario durante el siglo XVI. Dinero que fue recogido por esos banqueros y asentistas, ya fuera para el mantenimiento de los gastos municipales ya fuera para sostener la política imperial”, Elena María García Guerra, “Los bancos públicos en Madrid durante el reinado de Felipe II: características, actividades y relaciones con las finanzas municipales” en *Banca, Crédito y Capital. La Monarquía Hispánica y los antiguos Países Bajos (1505-1700)*, edición a cargo de Carmen Sanz Ayán y Bernardo J. García García, Fundación Carlos Amberes, Madrid, 2006, p. 319. Sin embargo, como se ha explicado en el capítulo I, la legalización de los depósitos remunerados con un interés fijo en el siglo XVII -en contra de los principios generales del derecho- estuvo influida mediante los diversos artilugios jurídicos existentes para evadir la prohibición canónica de la usura y, sobre todo, principalmente, por la nefasta influencia del *depositum confessatum* que ocultó la naturaleza jurídica propia y real del contrato de depósito irregular de dinero.

⁷⁵⁹ Marjorie Grice-Hutchinson, *The School of Salamanca*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama, 2009, cap. I, p. 8.

facilitaron que no existiera ningún incentivo a respetar los principios tradicionales del Derecho respecto al contrato jurídico irregular de dinero tanto por parte de la banca como por parte del Rey. Esta filosofía de apropiación de los depósitos de los clientes de los bancos se institucionalizó con el único objetivo de financiar cualquier deseo político imaginable del Rey, expropiando el dinero de los depositantes y además concediendo una serie de privilegios a los bancos para que garantizaran las financiaciones futuras de la Corona.

Ramón Carande nombra a los banqueros más importantes de la ciudad de Sevilla bajo el reinado de Carlos V en los cuales figura los Espinosa, Domingo de Lizarrazas, Pedro de Morga y otros banqueros menos importantes como Cristóbal Francisquín, Diego Martínez, Juan Íñiguez y Octavio de Negrón. Parece ser que la mayoría de estos banqueros quebraron por falta de liquidez para hacer frente a la retirada de los depósitos que habían sido colocados a la vista previamente. En efecto, estos bancos actuaban con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria, entre otras cosas, mediante la licencia o privilegio real concedido por el municipio de Sevilla y del Rey Carlos V⁷⁶⁰. Desafortunadamente, no hay informaciones precisas y exactas respecto al porcentaje de los coeficientes de caja de reserva fraccionaria utilizados por los bancos sino que sólo se dispone de algunos datos en relación a negocios particulares (comercio con América, arriendo de impuestos, etc.) que conllevaban suculentos beneficios futuros. Así, los Espinosa quebraron en el año 1579, terminando sus socios principales en la cárcel. En cuanto a Domingo de Lizarrazas, su quiebra se produjo el 11 de marzo de 1553, al no poder hacer frente al pago de más de seis millones y medio de maravedís. Y Pedro de Morga, que comenzó sus operaciones en el año 1553, quebró en 1575, en la segunda bancarrota de Felipe II⁷⁶¹. Y, del mismo modo, ocurrió a los banqueros menos importantes como Cristóbal Francisquín, Diego Martínez, Juan Íñiguez y Octavio de Negrón. A este respecto Ramón Carande describe con cierto detalle el viaje de Thomas

⁷⁶⁰ Igualmente los bancos españoles en el siglo XVII tuvieron problemas de liquidez y terminaron quebrando inevitablemente: “Consta que a principios del siglo XVII existían bancos en la corte, Sevilla, Toledo y Granada. Poco después del año 1622, se quejó Alejandro Lindo de que no se conservaba ninguno, habiendo quebrado el último que tenía en Sevilla Jacome Matedo”, M. Colmeiro, *Historia de la economía política española*, tomo II (1863), Fundación Banco Exterior, Madrid 1988, p. 342.

⁷⁶¹ Jesús Huerta de Soto, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 68.

Gresham a Sevilla con la única misión de retirar trescientos veinte mil ducados en metálico por orden del Emperador y de la reina María. Thomas Gresham se sorprende que la ciudad de Sevilla tuviera una escasez de dinero siendo la primera receptora de los tesoros de las Indias, con el temor de que esta retirada de dinero en efectivo-metálico produjera una automática suspensión de pagos de todos los bancos de la ciudad sevillana⁷⁶². Sin embargo, el instrumental analítico y teórico de Ramón Carande es deficiente y, siguiendo la misma línea argumentada por el Profesor Jesús Huerta de Soto, la interpretación de la bancarrota de los bancos de Sevilla no puede basarse en circunstancias tan causales como la derivada de la “avidez” de los metales, la participación en arriesgados negocios personales (fletamiento de naves, comercio de navegación ultramarina, operaciones de seguros, especulaciones diversas, etc.) o las continuas incautaciones efectuadas por la hacienda real para financiar la política imperial del Rey Carlos V. Este historiador no achaca que la causa de la crisis financiera y recesión económica a la etapa de burbuja especulativa y expansión crediticia fue producida por la inflación de los metales preciosos procedentes de América y por el aumento de concesión de créditos sin base de ahorro real suficiente, todo ello mediante el ejercicio de la actividad bancaria con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria. Como ya se ha explicado en otra ocasión, los historiadores Raymond de Roover, y sobre todo Carlo M. Cipolla, desarrollan argumentos teóricos mucho más consistentes y disponen de un arsenal teórico sensiblemente superior. Aunque su argumentación teórica no es imperfecta tampoco, estos autores identifican las causas principales de las etapas históricas en los períodos recesivos de crisis financieras y bancarias de modo incompleto, esto es, no terminan de explicar que los bancos actuaban en contra de los principios generales del Derecho, sin mantener un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien del dinero en metálico depositado a la vista. Por último, a nivel internacional, se ha de señalar que Carlos V tuvo una relación estrecha con la banca Fugger durante su reinado pues éstos llegaron a tener negocios bancarios con dieciocho establecimientos o sucursales internacionales, aparte de los negocios comerciales internacionales de lana, plata, vajilla, joyas, tapices y otros bienes. La

⁷⁶² Thomas Gresham pudo recoger la cantidad de unos doscientos mil ducados si bien escribió “temo dar ocasión a que todos los bancos de Sevilla quiebren”. Véase Ramón Carande, *Carlos V y sus banqueros*, vol. I, Editorial Crítica, Barcelona y Madrid, 1987, pp. 299-323, y especialmente las pp. 315-316, referentes a la visita de Gresham a Sevilla.

banca *fúcar* distingue tres períodos de evolución: en primer lugar, desde la entrada de Jacobo Fugger en la empresa (1480), hasta la fundación de la sociedad Fugger-Thurzo en Hungría (1494); el segundo período abarca desde 1494 hasta el año 1503 y; por último, el tercer período comprende desde el año 1503 al año 1525. La banca de los Fugger concedieron préstamos a Carlos V y financiaron muchas de sus operaciones con la garantía de los cargamentos de plata que se recibían de América así como arrendando ingresos fiscales de la Corona. La banca Fugger quedó colapsada y por poco quiebran en 1557 cuando Felipe II suspendió *de facto* los pagos a todos los acreedores de la Corona, a pesar de lo cual continuaron siendo arrendatarios de los maestrazgos hasta 1634⁷⁶³. No es extraño aventurar que los problemas económicos de la banca Fugger fueran resultado de la excesiva falta de liquidez, tesorería y capital líquido de la sociedad bancaria y, muy posiblemente, causado por el ejercicio de su actividad bancaria en contra de los principios tradicionales del Derecho y sin custodiar el *tantundem* con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien del dinero depositado a la vista⁷⁶⁴.

⁷⁶³ Rafael Termes realizó un estudio titulado *Carlos V y uno de sus banqueros: Jacobo Fugger*, Asociación de Caballeros del Monasterio de Yuste, Madrid 1993. Entre otros muchas noticias de interés, Rafael Termes señala que una reliquia de la preponderante posición de los Fugger como banqueros de Carlos V en España es que “en Madrid existe la calle de Fúcar, que así se había españolizado el nombre incluso en el lenguaje epistolar, y que está entre la de Atocha y la de Moratín. Por otra parte, en el *Diccionario* de la Real Academia figura, al día de hoy, la voz *fúcar* con el significado de ‘hombre muy rico y hacendado’”, Véase Rafael Termes, *Carlos V y uno de sus banqueros: Jacobo Fugger*, Asociación de Caballeros del Monasterio de Yuste, Madrid 1993, p. 25.

⁷⁶⁴ León Schick afirma que “Una parte del capital, y la mayoría de los depósitos, tienen que ser colocados en las minas, fábricas y talleres de afinado, o en la construcción de caminos... A los capitales que sostiene el movimiento de las mercaderías vienen a añadirse así los capitales procedentes de inversiones; y, en consecuencia, *crisis de tesorería amenazan constatemente a la firma*. En esa época, de 1494 a 1503, aproximadamente, *la casa no tiene*, por así decirlo, *capital líquido a su disposición*. En efecto: el acitvo de la sociedad se compone, ante todo, de *stocks* de mercaderías, de anticipos sobre metales en el Tirol y de inversiones en las minas húngaras”, *Jacobo Fucar: un gran hombre de negocios del siglo XVI*, traducción del francés por Mons. Andre Boyer-Mas, Aguilar, Madrid, 1961, parte tercera, cap. III, pp. 354-359 y especialmente las páginas 356-357, (las cursivas son mías).

Las diferentes acepciones del concepto de banco por los moralistas de nuestro siglo de Oro Español

El concepto “banco” ha sido interpretado⁷⁶⁵ y traducido de diferentes modos por muchos escolásticos del siglo de Oro Español. Martín de Azpilcueta⁷⁶⁶ y Pedro de Ledesma⁷⁶⁷ comprenden el concepto de “banco” como “cambio por guarda o por razón de la guarda” (se entiende del dinero). Gregorio de Valencia⁷⁶⁸ entiende “cambium custodiae”, Mancio de Corpus Christi⁷⁶⁹, Domingo Báñez⁷⁷⁰ y Juan Vicente⁷⁷¹ lo denominan “cambium ratione custodiae” y Miguel Salón⁷⁷² lo define como “cambium ratione depositi”. Por su parte, Domingo de Soto⁷⁷³ identifica cambio y banco, Cristóbal de Villalón⁷⁷⁴ trata los “banqueros para curiales”⁷⁷⁵ y Tomás de Mercado⁷⁷⁶ sobre los bancos y banqueros en general. Por otro lado, Domingo Báñez⁷⁷⁷ entiende la palabra “banqueros” por el latino “mensarii”, Luis López⁷⁷⁸ por “campsores depositarii”,

⁷⁶⁵ Véase el excelente trabajo que recoge las distintas acepciones en torno al concepto banco, mercader y cambista mencionadas en este epígrafe, Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, pp. 451-453.

⁷⁶⁶ Martín de Azpilcueta, *Comentario resolutorio de cambios*, Introducción y texto crítico por Alberto Ullastres, José M. Pérez Prendes y Luciano Pereña, Corpus Hispanorum de pace IV, (Madrid 1965), cap. X, p. 57, n. 36.

⁷⁶⁷ Pedro de Ledesma, *Segunda Parte de la Summa, en la qual se summa y cifra todo lo moral y casos de consciencia que no pertenecen a los sacramentos*, Salamanca, 1614, 575.

⁷⁶⁸ Gregorio de Valencia, *Commentariorum Theologicorum Tomi quatuor, Tomus III, Disputatio prima generalis de fide et ei annexis, et vitiis contrariis*, Ingolstadii, 1595, punct.3, 1296.

⁷⁶⁹ Mancio de Corpus Christi, *Manuscrito*, Biblioteca Universidad, Coimbra, 1853, 139r.

⁷⁷⁰ Domingo Báñez, *De Iure et Iustitia Decisiones*, Salmanticae, 1594, 646.

⁷⁷¹ Juan Vicente, *Manuscrito Ottoboniano Latino 1048 P.I.*, Biblioteca Vaticana, 522v.

⁷⁷² Miguel Bartolomé Salón, *Controversiae de Iustitia et Iure, atque de Contractibus, et commerciis humanis licitis ac illicitis. Tomus Secundus*, Venetiis, 1608, q.4, art. 4, 1796.

⁷⁷³ Domingo de Soto, *De Iustitia et Iure Libri decem* (Salmanticae 1562), 574.

⁷⁷⁴ Cristóbal de Villalón, *Provechoso tratado de cambios y contrataciones de mercaderes y reprovacion de usura*, Valladolid, 1546, 26v.

⁷⁷⁵ De acuerdo con Cristóbal de Villalón, los banqueros para curiales centraban su negocio en gestionar asuntos relacionados con la Curia romana pues “Ay una manera de mercaderes que comunmente se dizen bancos, en los quales se despachan cosas curiales y se hazen cambios para Roma”, cobrando a los eclesiásticos una cantidad por la remuneración por el trabajo, las costas de los corredores y de los “hazedores” o corresponsales en Roma y en general por el servicio prestado, Cristóbal de Villalón, *Provechoso tratado de cambios y contrataciones de mercaderes y reprovacion de usura*, Valladolid, 1546, 26v.

⁷⁷⁶ Tomás de Mercado, *Summa de tratos y contratos* (Sevilla 1571), 70v.

⁷⁷⁷ Domingo Báñez, *De Iure et Iustitia Decisiones*, Salmanticae, 1594, 646.

⁷⁷⁸ Luis López, *Tractatus de contractibus et negotiationibus*, Salmanticae, 1592, cap. I, 291.

Miguel Bartolomé Salón⁷⁷⁹ por “mensarii, depositarii seu custodes pecuniarum” y Luis de Molina⁷⁸⁰ sólo por “bancarii”. Mancio de Corpus Christi identifica cambistas y banqueros. Estos actúan como consignatarios del dinero de los mercaderes, su oficio es pagar en nombre de los mercaderes y custodiar sus dineros⁷⁸¹. Domingo Báñez realiza una triple distinción que se hará clásica por algunos teólogos posteriores: mercaderes célebres, cambistas y banqueros. Los mercaderes célebres se dedican a comprar mercancías donde abundan y a venderlas donde escasean. Los cambistas comercian sólo en dinero cambiando el que tienen en un lugar por otro a devolver en lugar distinto. Los banqueros actúan como depositarios del dinero de los mercaderes y de los cambistas, sientan en sus libros de cuenta lo dado y lo recibido y operan como fiadores suyos⁷⁸². Bartolomé Frías de Albornoz efectúa una sutil distinción entre cambiador y banquero pues según este autor sostiene que el cambiador “no es el que da a cambio, sino el que tiene cambio público, para guardar fielmente el dinero que le fuere entregado y entregarlo siempre que se lo pidieren, o a quien se le mandare, sin interesse alguno”; tanto es así que la principal función del banco y del banquero “es tomar dineros en una parte para pagarlos en otra: siempre el vanquero recibe mas que paga, aquella demasia es el interesse que lleva por el contracto”⁷⁸³.

El negocio bancario en la Escuela de Salamanca

Los hechos económicos, bancarios y financieros fueron estudiados con cuidadoso detenimiento por distintos miembros de la denominada Escuela de Salamanca⁷⁸⁴ y,

⁷⁷⁹ Miguel Bartolomé Salón, *Controversiae de Iustitia et Iure, atque de Contractibus, et commerciis humanis licitis ac illicitis. Tomus Secundus*, Venetiis, 1608, q.4, art. 4, 1796.

⁷⁸⁰ Luis de Molina, *De Iustitia et Iure tomus secundus de contractibus*, Moguntiae, 1614, disp.408, 713.

⁷⁸¹ “Quare introducti sunt campsores in quorum cambio mercatores consignant pecuniam suam ad negotia exercenda. Campsores vero habent in officio respondere et solvere pro mercatoribus et eorum pecunias custodire”, Mancio de Corpus Christi, *Manuscrito*, Biblioteca Universidad, Coimbra, 1853, 139r.

⁷⁸² Domingo Báñez, *De Iure et Iustitia Decisiones*, Salmanticae, 1594, 647.

⁷⁸³ Bartolomé Frías de Albornoz, *Arte de los contractos* (Valencia 1573), 131r y 125r. Bartolomé Frías de Albornoz puntualiza la importancia de los banqueros para las contrataciones, “porque quien ha menester dineros en otra parte, no los podia enbiar o llevarlos sin grande embaraço y maior peligro. Su origen devio de ser hombres que tenian hazienda en diferentes partes como en España y en Italia, y el que huviesse menester dinero en Italia, estando en España, darselos para que de los frutos de la hazienda que en Italia tenia, le pagassen lo que en España le dava, y despues se hizo publico”, Bartolomé Frías de Albornoz, *Arte de los contractos* (Valencia 1573), 131r y 125r.

⁷⁸⁴ Para más información véanse los siguientes trabajos: León Gómez Rivas, “Business Ethics and The History of Economics in Spain “The School of Salamanca: A Bibliography”, *Journal of Business Ethics*,

según algunos trabajos de investigación, fueron los precursores en mayor o menor medida de los miembros de la Escuela Austríaca de Economía⁷⁸⁵.

Luis Saravia de la Calle

En primer lugar se ha de mencionar el escolástico Luis Saravia de la Calle⁷⁸⁶ (s. XVI) que escribió una obra titulada *Instrucción de mercaderes* publicada en Medina del Campo en el año 1544. Este autor critica que los banqueros de feria no son cambistas sino logrereros porque no tratan en ninguna de las tres clases de cambios. En primer lugar, no intervienen en el cambio menudo “si, no, yd por mi vida a su tabla, dezid que os den blancas de un real o de un ducado, vereys como se enojan, como se atufan, como hazen del grave querellandose que los afrontays, que ellos no tratan en aquella baxeza, de manera que por ser este cambio por menudo licito a solo ellos, se desprecian de lo hazer por no tener cosa con buena conciencia ganada, porque le parece que ay poca cosa presa para su codicia”. Tampoco tratan en el cambio real dado que no buscan monedas donde valen menos ni las llevan a donde valen más; si recogen buena moneda, por ejemplo ducados o doblones, es para venderla a los extranjeros o para sacarla del reino, “como

November 1999, Volume 22, Issue 3, pp. 191-202 y, por último, el excelente trabajo recopilatorio de José Barrientos García, *Repertorio de Moral Económica (1536-1670): La Escuela de Salamanca y su proyección*, Euns, Pamplona, 2011.

⁷⁸⁵ Véanse los trabajos siguientes: Murray N. Rothbard, “New Light on the Prehistory of the Austrian School”, en *The Foundations of Modern Austrian Economics*, Edward G. Dolan (ed.), Sheed & Ward, Kansas City 1976, pp. 52-74; Murray N. Rothbard, *An Austrian Perspective on the History of Economic Thought*, vol. I: *Economic Thought before Adam Smith*, Edward Elgar, Aldershot 1995, cap. 4, pp. 97-133 (edición española, Unión Editorial, Madrid 1999); Lucas Beltrán Flórez, “Sobre los orígenes hispanos de la economía de mercado”, en *Ensayos de economía política*, Unión Editorial, Madrid 1996, pp. 234-254; Marjorie Grice-Hutchinson, *The School of Salamanca: Readings in Spanish Monetary Theory 1544-1605*, Clarendon Press, Oxford 1952; Marjorie Grice-Hutchinson, *El pensamiento económico en España (1177-1740)*, traducido del inglés por Carlos Rochar y Joaquín Sempere, Editorial Crítica, Barcelona 1982; Marjorie Grice-Hutchinson, *Ensayos sobre el pensamiento económico en España*, Laurence S. Moss y Christopher K. Ryan (eds.), versión española de Carlos Rodríguez Braun y María Blanco González, Alianza Editorial, Madrid 1995; Alejandro A. Chafuen, *Faith and Liberty: The Economic Thought of the Late Scholastics*, Lexington Books, Lanham, 2003; Jesús Huerta de Soto, “New Light on the Prehistory of the Theory of Banking and the School of Salamanca”, *The Review of Austrian Economics*, vol. 9, n.º 2, 1996, pp. 59-81; Jesús Huerta de Soto, *La Escuela Austríaca: Mercado y Creatividad Empresarial*, Editorial Síntesis, Madrid, 2000, cap. III, pp. 52-60. Por contra, es necesario citar otros trabajos de especial valor como la monografía de Odd Langholm, *The Legacy of Scholasticism in Economic Thought*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 o también el notable artículo de Raymond de Roover, “Scholastic Economics: Survival and Lasting Influence from the Sixteenth Century to Adam Smith”, *The Quarterly Journal of Economics*, 69(2), 1955, pp. 161-190.

⁷⁸⁶ Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, segunda parte, cap. I, pp. 106-108.

se puede presumir de tan sanctas personas”. No negocian, en fin, letras de cambio, porque no tienen factores en Flandes ni en Sevilla ni en otras plazas, sino que ellos mismos hacen personalmente estas gestiones⁷⁸⁷. Luis Saravia de la Calle tiene una opinión muy pesimista acerca de la función de los banqueros en general a los que llama “hambrientos tragones, que todo lo tragan, todo lo destruyen, todo lo confunden, todo lo roban y ensucian, como las harpías de Pineo”⁷⁸⁸. Como se está observando, Luis Saravia de la Calle plantea una imagen muy negativa de los banqueros de feria que lo completa de la siguiente manera: “a la clara emprestan sus dineros y llevan sus intereses de feria a feria o de tiempo a tiempo, como hazian los judios...; salen a la plaça y rua con su mesa y silla y caxa y libro, como las ramerar al burdel con su silla...; dan fiadores y buscan dinero, aunque sea con interese...; los mercaderes, que vienen a comprar a las ferias, la primera cosa que hazen es poner sus dineros en poder destos logreros publicos...; cada millar les dan de entrada a seys maravedis o como se conciertan por tener dineros para logrear, y por robar despues de que sacare de contado”⁷⁸⁹.

Luis Saravia de la Calle describe una figura denominada “logrero” con especial énfasis. Algunos autores utilizan la palabra en sentido adjetivo; por contraste, Luis Saravia de la Calle sustantiviza el término logrero como aquel que da o presta dinero a logro y, por tanto, con miras a una ganancia excesiva. Este autor analiza el rol del logrero del siguiente modo: “La insaciable cobdicia de los hombres les ha quitado tan del todo el temor de Dios y la verguença de las gentes, y aun creo que el descuydo de los que gobiernan la republica en lo espirital y temporal ha dado alguna ocasion a que en sola nuestra España aya unos hombres logreros publicos, que publicamente exercitan la

⁷⁸⁷ Luis Saravia de la Calle, *Instrucion de mercaderes muy provechosa, en la qual se enseña como deven los mercaderes tractar y de que manera se han de evitar las usuras en todos los tractos... Tambien ay otro tractado de cambios, en el qual se tracta de los cambios licitos y reprovados*, Medina del Campo, 1544, 94v-95r, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 465.

⁷⁸⁸ Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, pp. 71-72.

⁷⁸⁹ Luis Saravia de la Calle, *Instrucion de mercaderes muy provechosa, en la qual se enseña como deven los mercaderes tractar y de que manera se han de evitar las usuras en todos los tractos... Tambien ay otro tractado de cambios, en el qual se tracta de los cambios licitos y reprovados*, Medina del Campo, 1544, 95r y 95v, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 466.

usura”⁷⁹⁰. La afición de Saravia a comparar los cambistas y banqueros inmorales con las prostitutas es una expresión común en su obra, así como el servicio que prestaban a prelados y mercaderes castellanos y extranjeros en el campo de las finanzas⁷⁹¹. Este autor escolástico subraya la incompatibilidad de que el depositante reciba un interés en el caso del depósito de dinero y que, en todo caso, el depositante debe remunerar al banquero una cuota por la guarda y custodia de los dineros, incluso llega a reprender duramente a los clientes que aceptan entrar en estos tipos de negocios con los banqueros. Saravia de la Calle afirma: “Y si dices, mercader, que no lo emprestas, sino que lo pones [o depositas] mayor burla es esa; ¿quién nunca vio pagar al depositario? Suele ser pagado por la guarda y el trabajo del depósito; cuánto más, que agora pongas tu dinero en poder del logrero en empréstito o en depósito, así como llevas tu parte de provecho que el dicho logrero lleva a quien te vendió su ropa, también llevas parte de la culpa y aún la mayor parte”⁷⁹². Los títulos con que tales logreros pretendían justificar su excesiva ganancia eran el trabajo de contar el dinero, de llevar la contabilidad y el servicio de dar al cliente buena moneda, “Y assi escusan en escusaciones sus peccados”⁷⁹³. Estos títulos son, a juicio de Saravia de la Calle, en parte ficticios, por no decir falsos, porque no asientan en cuenta a los clientes que sacan de su banco dinero contante; a lo más se limitan a contarlos. Pero, admitido un interés por ello, “la justicia

⁷⁹⁰ Luis Saravia de la Calle, *Instrucion de mercaderes muy provechosa, en la qual se enseña como deven los mercaderes tractar y de que manera se han de evitar las usuras en todos los tractos... Tambien ay otro tractado de cambios, en el qual se tracta de los cambios licitos y reprovados*, Medina del Campo, 1544, 94v, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 454.

⁷⁹¹ Luis Saravia de la Calle emplea las siguientes palabras hacia los prestamistas usureros: “Es publico que ganan mas con dineros emprestados que las del burdel con sus personas”, con la diferencia de que “aquellas estan apartadas y ascendidas y no las conoce sino gente pobre y civil, mas a estos ylustres logreros todos los conocen: grandes perlados, mercaderes estrangeros y naturales porque su desvergüença es tanta que se ponen donde mas sean vistos porque mas puedan robar. Y assi estan en el burdel de la avaricia como aquellas en el burdel de la lujuria”, Luis Saravia de la Calle, *Instrucion de mercaderes muy provechosa, en la qual se enseña como deven los mercaderes tractar y de que manera se han de evitar las usuras en todos los tractos... Tambien ay otro tractado de cambios, en el qual se tracta de los cambios licitos y reprovados*, Medina del Campo, 1544, 100v, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 454.

⁷⁹² Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 72.

⁷⁹³ Luis Saravia de la Calle, *Instrucion de mercaderes muy provechosa, en la qual se enseña como deven los mercaderes tractar y de que manera se han de evitar las usuras en todos los tractos... Tambien ay otro tractado de cambios, en el qual se tracta de los cambios licitos y reprovados*, Medina del Campo, 1544, 96r, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 455.

no sufre que por tan pequeño trabajo lleves tan excesivo galardón”. Y si atendemos al trabajo de contar, éste es único, más aún, el mismo. Sin embargo, cuando el dinero es poco en cantidad, llevan mucha remuneración hacia el banquero; en cambio cuando el dinero es mucho, el precio cobrado por la remuneración de la guarda y custodia es poco. Por otra parte, el trabajo de contar es mayor cuando se trata de tarjas que de reales, en blancas que en cuartos, en reales que en ducados. Y respecto a la moneda que cuenta, lo que menos les importa es su especie, sino los millares, estos es, la cantidad contada. Más aún, dando buena moneda, el trabajo es menor y la remuneración al banquero mayor. Ni siquiera la costumbre justifica según Saravia de la Calle a estos tipos usureros, antes al contrario los condena, a no ser que se quiera decir que “también la costumbre escusa a las del burdel, porque las ovo primero que los logros, y es costumbre mas universal que los logros”⁷⁹⁴.

Luis Saravia de la Calle explica que los logreros -en parte banqueros prestamistas y en parte banquero de depósitos- aceptaban la partida y la asentaban en cuenta gratuitamente al mercader; pero, al quedarse con los dineros de éste, ganaban dándolos a logro -prestándolos a terceros-. Por este procedimiento, si sacaba los dineros el que los puso en el banco, no perdían; si los sacaba otro, ganaban. En suma, siempre se lucraban vejando de mil modos a los prestatarios prolongando lo más posible el pago de las letras y la devolución del dinero. No contentos con esto, los amenazan con prestarles en moneda baja, obligándolos así a que les den cuanto quieren⁷⁹⁵. La única condición que

⁷⁹⁴ Luis Saravia de la Calle, *Instrucion de mercaderes muy provechosa, en la qual se enseña como deven los mercaderes tractar y de que manera se han de evitar las usuras en todos los tractos... Tambien ay otro tractado de cambios, en el qual se tracta de los cambios licitos y reprovados*, Medina del Campo, 1544, 97r. Una prueba más de que no cobran por contar el dinero, sino por prestarlo y logrear es que llevan menos al que asientan en su partida 10.000 reales que 10.000 ducados. A sus clientes les pagan un interés del 7 por ciento anual, arriba o abajo según mutuo acuerdo. Ahora bien, si por contar y asentar en cuenta a los mercaderes les llevan este interés, se pregunta Saravia por qué pagan el 7 por 100 a los que les dan sus dineros a logro, siendo así que éstos ni cuentan el dinero ni escriben la partida, Luis Saravia de la Calle, *Instrucion de mercaderes muy provechosa, en la qual se enseña como deven los mercaderes tractar y de que manera se han de evitar las usuras en todos los tractos... Tambien ay otro tractado de cambios, en el qual se tracta de los cambios licitos y reprovados*, Medina del Campo, 1544, 98r-98v, citado todo ello en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 455.

⁷⁹⁵ Luis Saravia de la Calle, *Instrucion de mercaderes muy provechosa, en la qual se enseña como deven los mercaderes tractar y de que manera se han de evitar las usuras en todos los tractos... Tambien ay otro tractado de cambios, en el qual se tracta de los cambios licitos y reprovados*, Medina del Campo,

ponen, para prestar de sus dineros o de lo que toman a logro, es que el cliente “tenga buen credito, este segura la dita o tenga buenas fianças”, esto es, que ofrezca garantía de pago. Eso sí, para salir airosos ante el juez en el caso de ser acusados, utilizan sus cautelas, consistentes, entre otras cosas, en que el receptor del dinero le pague primero el interés, sumando el principal o capital y el logro. Item más: al mercader que “no pudo cumplir en feria” por no haber vendido su mercancía o por otra causa libra sus deudas en el logrero, éste le acepta las libranzas y le asienta el interés y el principal, percibiendo ordinariamente de feria a feria un interés de 34 o 40 maravedís por ciento en proporción a la cantidad de numerario circulante en la feria⁷⁹⁶. Luis Saravia de la Calle critica con profundidad la actividad inmoral realizada por los logreros aunque les permite, por su labor de contadores (no de cambistas y banqueros), un salario moderado, suficiente para el propio sustento. El sobreprecio que supere esa cantidad es automáticamente robo y que incluso es empleado para construir magníficas casas y comprar ricas heredades, para financiar su prestigio social, banquetear y vestir lujosamente, siendo así que cuando empezaron a logrear eran pobres y ejercían oficios de bajo rendimiento económico. Saravia de la Calle señala que los logreros ganaban más que los hijosdalgo, “los quales allende de ser nobles son obligados a tener cavallo y armas y a passar los intollerables trabajos de la guerra y dales el rey a cada lança 80 ducados”. Pero los logreros consideraban esto un agravio comparativo, porque les parece justo “que ganen mas ellos sentados holgando que los hijosdalgo trabajando y muriendo y que es mas meritorio tractar plata que no vestirse las platas y que es mejor ganado lo que se gana con la pluma que lo que se merece con la lança”⁷⁹⁷. Luis Saravia de la Calle concluye que sumprimiendo los logreros, “cada uno tractaria con su dinero en lo que pudiesse y no en mas, y assi valdrian las cosas en el justo precio y no se

1544, 97v, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, pp. 455-456.

⁷⁹⁶ Luis Saravia de la Calle, *Instrucion de mercaderes muy provechosa, en la qual se enseña como deven los mercaderes tractar y de que manera se han de evitar las usuras en todos los tractos... Tambien ay otro tractado de cambios, en el qual se tracta de los cambios licitos y reprovados*, Medina del Campo, 1544, 97v.-98r, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 456.

⁷⁹⁷ Luis Saravia de la Calle, *Instrucion de mercaderes muy provechosa, en la qual se enseña como deven los mercaderes tractar y de que manera se han de evitar las usuras en todos los tractos... Tambien ay otro tractado de cambios, en el qual se tracta de los cambios licitos y reprovados*, Medina del Campo, 1544, 98v-99r, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 456.

cargarían mas de lo que vale al contado. Y por esto sería muy provechosa cosa que los reyes no los consintiesen en España, pues ninguna otra nación del mundo los consiente, y desterrasen esta pestilencia de su corte y reyno”⁷⁹⁸.

Por último, el erudito Luis Saravia de la Calle vuelve a realizar un análisis muy negativo sobre los logreros y en general todos aquellos depositarios que dan dinero a logro. En este caso es necesario distinguir los que dan sus dineros al logrero gratuitamente y los que dan para tener parte eventualmente en el logro. Los que le entregan sus dineros sin interés, simplemente para tenerlo más seguro y siempre disponible para librarlo a sus deudores, para ahorrarse el trabajo de contarlo y de guardarlo, o bien para que el logrero responda a esta “gracia” suya aceptándoles algunas letras también sin interés en el caso de tener su cuenta al descubierto o en números rojos, pecan e incluso se contradicen, pues por un lado afirman darles sus dineros sin ningún interés y, por otro, confiesan que dándoselos les vienen muchos provechos. Sólo de las mercaderías que venden depositan en poder de estos banqueros hasta 40.000 ducados y más. Dígase lo mismo de la guarda resultante de la cobranza de las rentas del rey y de la bula de Cruzada. Realizando cuanto dicen de ellos los mercaderes, los logreros actúan como tesoreros y contadores suyos. En suma, distingamos: si el mercader da sus dineros al logrero para que logree con ellos, se hace cómplice de su pecado; si se los da exclusivamente para que se lo guarde y le acepte eventualmente las libranzas, peca al menos venialmente “por encomendar el depósito de su dinero, sino le ha de gastar su dinero como quien encomienda la doncella al lujurioso y el manjar al goloso”⁷⁹⁹. Otros, más desalmados, entregan todo su caudal dinerario al logrero con la intención exclusiva de participar en las ganancias resultantes del logro. Y esto siguiendo dos modalidades: unos “se ygulan que les den a 7 o a 10 por ciento por año y que sus

⁷⁹⁸ Luis Saravia de la Calle, *Instrucion de mercaderes muy provechosa, en la qual se enseña como deven los mercaderes tractar y de que manera se han de evitar las usuras en todos los tractos... Tambien ay otro tractado de cambios, en el qual se tracta de los cambios licitos y reprovados*, Medina del Campo, 1544, 99r-100r, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 458.

⁷⁹⁹ Luis Saravia de la Calle, *Instrucion de mercaderes muy provechosa, en la qual se enseña como deven los mercaderes tractar y de que manera se han de evitar las usuras en todos los tractos... Tambien ay otro tractado de cambios, en el qual se tracta de los cambios licitos y reprovados*, Medina del Campo, 1544, 101v-102v, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 458.

dineros este siempre en pie, y para esto toman muy buena seguridad; otros de bien criados dexanlo [el interés] a la cortesía y crianza del logrero”, amparándose en la praxis y en la costumbre y arguyendo que si el logrero gana con los dineros que le dan, justo es que parta con ellos el logro⁸⁰⁰. Estos tales “no tienen excusa alguna ni color para disculparse”: pecan y están obligados a restituir. Su inmoralidad es incluso mayor que si diesen sus dineros a otros mercaderes que actúan moralmente, “porque quieren siempre su principal [el capital] salvo y seguro, mas lo que se concertaron”. Los que por cortesía dejan la ganancia a la voluntad del logrero, “en la misma condenación estan”⁸⁰¹. Saravia de la Calle finaliza lamentándose de esta situación y la absoluta inacción en general, manifestando que “Por donde es de llorar la perdición de animas tan grande que ay en el mundo que ya casi ninguno que se halla con dineros que luego no los ponga a logro, porque como se lleva a 7 por ciento y aun mas con sus manos lavadas y el anima suzia sin trabajar teniendo su dinero siempre entero y seguro, esta codicia los ciega. Mas ya que ellos esten ciegos, ¿por que no los reprehenden agramente los predicadores, por que los absuelven los confesores, por que no los castigan los perlados, por que no se informan desto los visitadores?”⁸⁰².

Saravia de la Calle distingue perfectamente los diferentes contratos jurídicos que los bancos efectúan con sus clientes. Por un lado, los depósitos a la vista, en los cuales los clientes se los dan sin ningún interés a los banqueros “por tenellos más seguros, y por tenerlos más a mano para librarlos a quién se deben, y por quitarse de embarazo y de trabajo de contar y de guardar, y aun también porque en gratificación desta buena obra que hacen a los logrerros en que les dan sus dineros graciosos, si acontece que no tienen

⁸⁰⁰ Luis Saravia de la Calle, *Instrucion de mercaderes muy provechosa, en la qual se enseña como deven los mercaderes tractar y de que manera se han de evitar las usuras en todos los tractos... Tambien ay otro tractado de cambios, en el qual se tracta de los cambios licitos y reprovados*, Medina del Campo, 1544, 101v, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 459.

⁸⁰¹ Luis Saravia de la Calle, *Instrucion de mercaderes muy provechosa, en la qual se enseña como deven los mercaderes tractar y de que manera se han de evitar las usuras en todos los tractos... Tambien ay otro tractado de cambios, en el qual se tracta de los cambios licitos y reprovados*, Medina del Campo, 1544, 103v, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 459.

⁸⁰² Luis Saravia de la Calle, *Instrucion de mercaderes muy provechosa, en la qual se enseña como deven los mercaderes tractar y de que manera se han de evitar las usuras en todos los tractos... Tambien ay otro tractado de cambios, en el qual se tracta de los cambios licitos y reprovados*, Medina del Campo, 1544, 103v-104r, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 459.

dineros en poder del logrero, el logrero les acepta algunas libranzas también sin interés”⁸⁰³. Por contra, los depósitos a plazo, que no son sino verdaderos contratos de préstamo o mutuo, el banquero recibe la disponibilidad y propiedad del dinero durante un determinado período de tiempo y, por tanto, Saravia de la Calle condena este tipo contrato duramente siguiendo la prohibición canónica de la usura. Además aclara perfectamente que el contrato de depósito a la vista de dinero exige que los clientes deben pagar al banquero “porque si los ponen en depósito dineros habían ellos de dar por la guarda, que no recibir tantos provechos como la justicia los manda dar cuando deposita dineros o hacienda que ha menester guarda”⁸⁰⁴ y critica a aquellos clientes que tratan de sacar provecho del ejercicio ilegítimo de la actividad de los banqueros, encomendándoles en depósito su dinero y logrando intereses del mismo, con la siguientes palabras: “no le libra de culpa, al menos venial, por encomendar el depósito de su dinero a quien sabe que no le ha de guardar su depósito, sino le ha de gastar su dinero, como quien encomienda la doncella al luxurioso y el manjar al goloso”⁸⁰⁵. Y sigue señalando a aquel depositante que cree que el banquero prestará o utilizará no su dinero pero el de otros, pues si “se cree dél probablemente que guardará aquel dinero del depósito y no logreará con él; y esta probabilidad no se puede tener de ninguno destos logreros, antes lo contrario, que luego lo ha de dar a logro y tratar y granjear con él, porque los que dan a siete y diez por ciento a los que les dan dineros para logrear, ¿cómo dexaran de estar ociosos estos dineros que en ellos así se ponen en depósito? Y ya que estuviese muy averiguado que no pecas es muy cierto que el logrero peca logreando con tus dineros, y que roba la hacienda de tus prójimos con tus dineros”⁸⁰⁶. En efecto, la teoría desarrollada por Luis Saravia de Calle apunta que la apropiación del dinero depositado es un acto ilegítimo, contra los principios tradicionales del Derecho y la comisión de un grave pecado por parte de aquel depositario que incumple la función de custodia del *tantundem*, es decir, en términos bancarios, la exigencia de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien en relación al depósito irregular de dinero.

⁸⁰³ Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 72.

⁸⁰⁴ *Ibidem*, pp. 72-73.

⁸⁰⁵ *Ibidem*, p. 73.

⁸⁰⁶ *Ibidem*, p. 73.

Martín de Azpilcueta

Otro escolástico que estudia el comportamiento de la función bancaria⁸⁰⁷ y, en concreto, el depósito irregular de dinero es Martín de Azpilcueta “Doctor Navarro” (1492-1586)⁸⁰⁸ en su obra titulada *Comentario resolutorio de cambios* y publicada en Salamanca a finales del año 1556. Este autor entiende el cambio por guarda del depósito de dinero a la vista como un contrato de alquiler, en razón del cual el depositante del dinero compra el trabajo y las actividades clásicas y propias del depositario. El oficio de banquero -como depositario- es útil a la sociedad e implica el riesgo de equivocarse en las operaciones de contabilidad por lo que tiene el derecho de percibir un justo salario, con cargo al Estado -dice- o a las partes depositantes, cuya cuantía no está determinada por el derecho. Martín de Azpilcueta aclara que el ejercicio de esta actividad es un trabajo múltiple que merece un jornal⁸⁰⁹. Y sigue subrayando que “Y el tal cambiador trabaja en recibir, tener en depósito y aparejado el dinero de tantos mercaderes, y en escrevir, dar y llevar cuentas con los unos y con los otros, con harto embarazo, y a las veces peligro de yerro de cuentas y de otras cosas. Lo mesmo se podría hacer por contrato con que alguno se obligasse a unos y a otros, de recibir y tener su dinero en depósito, dar, pagar y llevar cuenta con unos y con otros, como ellos se los dixesen, etc., porque este contrato es de alquilar a otro y de otro sus obras y trabajos, que es contrato nombrado, justo y sancto”⁸¹⁰. Por consiguiente, Martín de Azpilcueta comprende la naturaleza del contrato de depósito irregular de dinero en el que el depositario se obliga a la guarda y custodia del dinero depositado siempre a disposición del depositante y realizando los servicios de caja pactados anteriormente y, por contra, el depositante se obliga a remunerar al depositario por los servicios realizados. Este autor escolástico entiende que el depositante tiene la obligación de pagar al depositario o banquero y

⁸⁰⁷ Véase el completo estudio realizado por Rodrigo Muñoz de Juana titulado *Moral y economía en la obra de Martín de Azpilcueta*, Eunsa, Navarra, 1998, capítulos VI y VII, pp. 203-337.

⁸⁰⁸ Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, segunda parte, cap. I, pp. 112-115.

⁸⁰⁹ Martín de Azpilcueta, *Comentario resolutorio de cambios*, Introducción y texto crítico por Alberto Ullastres, José M. Pérez Prendes y Luciano Pereña, Corpus Hispanorum de pace IV, (Madrid 1965), cap. X, p. 57, n. 36, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 461.

⁸¹⁰ Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, pp. 74-75.

nunca al revés, de modo que los depositantes “pagan aquello para descuento del trabajo y cuydado, que tiene el cambiador en recibir y guardar su dinero y hazerlo al susodicho”, por lo que los banqueros han de hacer “su officio limpiamente, y se accontentassen con el justo salario, recibéndolo de aquellos que se lo deven, y cuyos dineros guardan, y cuentas llevan y no de los que no se lo deven”⁸¹¹. Además considera usura la praxis de aquellos que, dando dinero al banquero de contado, si luego lo toman para sí o para otros en libranza, cuando “fenecen cuentas”, les obligan a pagar al menos un dos por ciento en razón del contado, porque, a diferencia del banquero, estos depositantes no realizan trabajo alguno en concepto de custodia, contabilidad, ni “en tenerlo aparejado para cuando lo pidieren o libraren”. Bien entendido: esa ganancia “por ninguna razón del mundo la pueden tomar como devida, sino por el provecho que el cambiador ha recebido o ha de recibir de aquel dinero que le dieron de contado”⁸¹². De todos modos, el Doctor Navarro cierra su pensamiento condenando a aquellos depositantes que no pretenden pagar nada por los servicios de guarda y custodia del depositario e incluso percibir intereses por los mismos de la siguiente forma: “acerca deste género de cambio, no solamente pecan los cambiadores, pero aun con obligación de restituyr, los que les dan dineros para que los guarden, y hagan lo susodicho. Y después no les quieren pagar nada, diciendo que aquello que ganan con su dinero, y recevirán de los a quien pagaren de contado, les basta por su salario. Y si los cambiadores les piden algo, dexanlos y passanse a tratar con otros, y porque no los dexen, dexanles el salario debido a ellos, y lo toman de quien no se lo deve”⁸¹³.

⁸¹¹ *Ibíd.*, p. 75.

⁸¹² Martín de Azpilcueta, *Comentario resolutorio de cambios*, Introducción y texto crítico por Alberto Ullastres, José M. Pérez Prendes y Luciano Pereña, Corpus Hispanorum de pace IV, (Madrid 1965), cap. X, pp. 61-62, n. 40, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 488. Como se ve en este frase, Martín de Azpilcueta fluctúa.

⁸¹³ Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 75.

Tomás de Mercado

Tomás de Mercado OP († 1574/1575)⁸¹⁴, en su *Suma de tratos y contratos* (Sevilla, 1571), entiende el pago de una remuneración monetaria -un tanto anual o al millar- al banquero por guardar, custodiar y servir la hacienda de aquellos individuos que consignan su dinero en el banco⁸¹⁵. Este dominico reafirma su idea de que los depositantes deben pagar a los banqueros por el trabajo de guarda y custodia de los depósitos de dinero a la vista ya que “de todos es regla común y general poder llevar salario de los que consignan en su banco dinero, o un tanto cada año o un tanto al millar, pues les sirven y guardan su hacienda”⁸¹⁶. Sin embargo, parece ser que los banqueros de Sevilla no solicitan ni reclaman salario alguno por realizar esos menesteres⁸¹⁷. En tal caso, si lo desean, los banqueros podrán pedir una remuneración de los servicios realizados con dos condiciones o principios básicos: a) “no despojar tanto el banco que no puedan pagar luego los libramientos que vinieren. Porque si se impossibilitan a pagallos, expendiendo y ocupando dinero en empleos, grangerias y otros tractos, cierto peccan”, pues no es suyo el dinero, y no es justo que por servirse de él, deje de servir a su dueño; b) “que no se metan en negocios peligrosos. Que peccan, dado les sucedan prósperamente, por el peligro que se pusieron de faltar y hazer grave daño a los que de ellos se confiaron”. Así que, dado que los banqueros no cumplan estas condiciones, “lo cierto, seguro y mejor es que no tengan otro trato grueso,

⁸¹⁴ José Barrientos García, *Repertorio de Moral Económica (1536-1670): La Escuela de Salamanca y su proyección*, Eunsa, Pamplona, 2011, segunda parte, pp. 218-226. Véase un breve resumen biográfico en Lucas Beltrán, *Historia de las doctrinas económicas*, Editorial Teide, Barcelona, 1961, cap. IV, pp. 47-48.

⁸¹⁵ Por su parte Domingo Báñez entiende que la custodia del dinero de cambistas y mercaderes, las diligencias que en ello pone el banquero, el asentar y anotar las partidas y el crédito permanente son operaciones que merecen precio, véase Domingo Báñez, *De Iure et Iustitia Decisiones*, Salmanticae, 1594, 647. Los autores que a su vez siguen la misma argumentación de Domingo Báñez son Juan Vicente, *Manuscrito Ottoboniano Latino 1048 P.I.*, Biblioteca Vaticana, 522v; Luis López OP, *Tractatus de contractibus et negotiationibus*, Salmanticae 1592, cap. I, 291; Pedro de Ledesma, *Segunda Parte de la Summa, en la qual se summa y cifra todo lo moral y casos de consciencia que no pertenecen a los sacramentos*, Salamanca, 1614, 575, todo ello citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 462.

⁸¹⁶ Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, pp. 75-76.

⁸¹⁷ Tanto es así que los banqueros de Sevilla son tan “generosos” que no cobran nada por la custodia de los depósitos, empleando las siguientes palabras: “los de esta ciudad, cierto, son realísimos y ahidalgados, que ningún salario piden ni llevan”, Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 76.

especialmente obligados a ello por ley del reino”⁸¹⁸. La licitud del pago de la remuneración al banquero queda justificado debido al trabajo, las costas, el servicio de caja y el desembolso del dinero pues finalizada la feria, los mercaderes pagaban al banquero una suma proporcionada a la magnitud de la cuenta habida en el banco, que podía llegar a alcanzar los 1.500 ducados por feria⁸¹⁹. Tomás de Mercado entiende que pagar el banco interés a quien deposita en él su dinero equivale a “pagar lo que no mercesce paga”, antes, al contrario, es el depositante quien debe pagar al banco por la guarda y custodia de su moneda. Y no se diga que el banco se aprovecha y gana con el cambio, porque esto no le da derecho al depositante a exigirle interés alguno. Tomás de Mercado afirma: “Industria e ingenio es del banquero”. Respecto a quitar de libramiento, cuando el oficial o tendero lo quiere al contado, a como anda el cambio en la plaza, es un robo patente, “un vender la moneda a mas de lo que vale y un no pagar quanto se deve”. También este docto personaje ilustra su aserto con el siguiente ejemplo: si a alguien se le deben cien ducados por la mercancía vendida, y la otra parte contratante, por tener crédito en el banco, le quita dos en la libranza porque así corre el cambio para Sevilla o Villalón, comete injusticia. Pero “esta question es ya vieja entre banqueros y confessores, quanto ha que ella se començo a usar. Que no absuelven aun a los moços de los banqueros que en semejante diablura les ayudan. Y tienen razón, pues todos son culpables”⁸²⁰. En último lugar, Tomás de Mercado realiza referencias a los banqueros de corte los cuales se dedicaban a prestar dinero a caballeros y personajes ilustres a cambio de un subido interés “En corte ay otros banqueros aunque a la verdad publicos logreros -dice Mercado-, que sirven de prestar a cavalleros gastados y gastadores, mientras cogen las rentas de sus estados, llevandoles por ello no pequeños

⁸¹⁸ Tomás de Mercado, *Summa de tratos y contratos* (Sevilla 1571), 70v-71r. La ley del reino a que alude es de Carlos V. En ella se prohibía a los banqueros dedicarse a otros tratos o contratos fuera de los cambios, Tomás de Mercado, *Summa de tratos y contratos* (Sevilla 1571), 71r, todo ello citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 461.

⁸¹⁹ Tomás de Mercado, *Summa de tratos y contratos* (Sevilla 1571), 71r, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 462.

⁸²⁰ Tomás de Mercado, *Summa de tratos y contratos* (Sevilla 1571), 74r-74v, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 489.

intereses”⁸²¹. En definitiva, Tomás de Mercado realiza un análisis de la actividad bancaria de la época conforme a los principios generales del Derecho⁸²², con una base romanística importante y en línea a los anteriores autores (Luis Saravia de la Calle y Martín de Azpilcueta “Doctor Navarro”) que, en términos bancarios, seguramente, confirmaría el apoyo doctrinal de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien para los depósitos de dinero a la vista.

Domingo de Soto

Hubo otros escolásticos que aportaron cierto tipo de conocimientos si bien este grupo fueron menos ortodoxos respecto a la actividad bancaria de la época y el tratamiento doctrinal del contrato de depósito irregular de dinero. Uno de estos autores es Domingo de Soto O.P. (1556)⁸²³ que sostiene argumentos diferentes, peculiares, novedosos y un tanto progresistas en relación a los asuntos bancarios debido a la tradición medieval de los glosadores y, sobre todo, por la influencia de la figura jurídica del *depositum confessatum*. Este autor permite al banquero recibir una remuneración -salario- en razón de la custodia, el negocio y el trabajo de contar el dinero⁸²⁴ sino también observa cuál es la cantidad monetaria entregada al banquero por el servicio ofrecido de todas estas

⁸²¹ Tomás de Mercado, *Summa de tratos y contratos* (Sevilla 1571), 16r, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 464.

⁸²² Restituto Sierra Bravo expone el gran negocio de los banqueros con los depósitos de sus clientes citando a Tomás de Mercado pues éste último advierte “que como todos ponen allí su plata tienen gran suma con que hacen grandes empleos. Atraviesan con toda la plata de una flota, y todo el oro, con otras cosas de esta jaez, que en dos o tres meses, si bien les sucede ganan a las veces, tres o cuatro mil escudos. Entremétense también en dar, y tomar a cambio y encargar. Que un banquero en esta república abarca un mundo, y abraza más que el océano, aunque a las veces aprieta tan poco, que da con todo al traste”, Restituto Sierra Bravo, *El pensamiento social y económico de la Escolástica*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas - Instituto de Sociología “Balmes”, Madrid, 1975, segunda parte, cap. II, p. 223.

⁸²³ José Barrientos García, *Repertorio de Moral Económica (1536-1670): La Escuela de Salamanca y su proyección*, Euns, Pamplona, 2011, primera parte, pp. 122-140.

⁸²⁴ Mancio de Corpus Christi sigue a De Soto y Azpilcueta, añadiendo que el precio justo de la remuneración monetaria al banquero que acepta el depósito no lo establece la ley, sino que debe determinarlo la prudencia en cada caso, véase Mancio de Corpus Christi, *Manuscrito*, Biblioteca Universidad, Coimbra, 1853, 139v, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 462.

actividades⁸²⁵. De Soto afirma que es lícito que el mercader entregue al banquero una cantidad de 10.000 ducados para tener crédito de 12.000 o 15.000 ducados y, de este modo, el mercader tiene la autorización de disponer de estos fondos concedidos por el banco⁸²⁶, porque tener dinero contante es un negocio muy beneficioso para el banquero y responder por el cliente gracias a la entrega del dinero depositado del cliente es una tarea estimable en dinero. J. T. Noonan señala en torno a este tema que Domingo de Soto es “el primer escolástico que de manera específica describe y valora moralmente la creación de créditos de los bancos, aunque esta actividad económica persistía desde hacía ya casi trescientos años”⁸²⁷.

Luis de Molina

Otro autor destacado es el jesuita Luis de Molina SJ (1535-1600)⁸²⁸ el describe el cometido de los banqueros ampliamente si bien con una concepción errónea del contrato jurídico del depósito irregular de dinero que los bancos, como depositarios, realizan con sus clientes-depositantes. Es más, de acuerdo con Francisco Belda y Alejandro A. Chafuen, Luis de Molina aprueba uno por uno casi todas las posibilidades de la creación de crédito⁸²⁹. Eso sí, una vez más, pone de relieve el principio de la reserva bancaria y destaca, a la hora de calibrar la cuantía de la remuneración por la guarda y custodia bancaria, la especial competencia que exige la actividad y la oscilación de su salario al final de la feria en función del volumen y calidad de los negocios gestionados en favor del cambista o mercader. El argumento de Azpilcueta⁸³⁰, según el cual depositante peca

⁸²⁵ Domingo de Soto, *De Iustitia et Iure Libri decem* (Salmanticae 1562), 574-575, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 460.

⁸²⁶ En palabras de Alejandro A. Chafuen: “De Soto was among the first Scholastic writers to describe and to approve credit creation on the part of banks”, *Faith and Liberty: The Economic Thought of the Late Scholastics*, Lexington Books, Lanham, 2003, cap. XI, p. 123.

⁸²⁷ J. T. Noonan, *The Scholastic Analysis of Usury*, Cambridge, Massachusetts, 1957, p. 336, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 461.

⁸²⁸ José Barrientos García, *Repertorio de Moral Económica (1536-1670): La Escuela de Salamanca y su proyección*, Euns, Pamplona, 2011, segunda parte, pp. 293-304.

⁸²⁹ Véase la obra de Francisco Belda, “Ética de la creación de créditos según la Doctrina de Molina, Lesio y Lugo”, *Pensamiento*, 19, 1963, p. 70, citado en Alejandro A. Chafuen, *Faith and Liberty: The Economic Thought of the Late Scholastics*, Lexington Books, Lanham, 2003, cap. XI, p. 123.

⁸³⁰ Martín de Azpilcueta, *Comentario resolutorio de cambios*, Introducción y texto crítico por Alberto Ullastres, José M. Pérez Prendes y Luciano Pereña, Corpus Hispanorum de pace IV, (Madrid 1965), cap.

mortalmente y queda obligado a restituir si no paga al banquero el salario correspondiente al servicio prestado, dice Molina que no tiene tanta fuerza como parece a primera vista, ya que el banquero puede negarse a aceptar el dinero en su banco si no le pagan el efecto de la custodia y los servicios que va a realizar, aunque al depósito vaya unido de hecho el provecho que pueda sacar de negociar con ese dinero. Por ello, este autor escolástico asegura que el banquero podrá acordar y cobrar el salario correspondiente a esta clase de gajes, independientemente del lucro que saque por cuenta y riesgo traficando con el dinero depositado. Por el contrario, los mercaderes y cambistas pueden no querer realizar con el banquero otro contrato que el de mutuo. Al ceder este contrato en provecho del banquero y ser una gracia que le hacen eligiéndole para este servicio, cambistas y mercaderes no le deben nada por la custodia del dinero, que sólo accidentalmente va unida al contrato. Tampoco le deben nada en razón del trabajo y el servicio de contar y de contabilidad del dinero, aunque para esto sea necesario confeccionar algunos instrumentos. Luis de Molina señala que el contrato de depósito irregular de dinero no es sino un contrato de préstamos o mutuo el cual traslada la disponibilidad y la propiedad del *tantundem* a favor del depositario -banquero- para que lo utilice en beneficio propio o para terceras personas, con la obligación de tener una suma equivalente de dinero cuando los clientes lo reclamen⁸³¹. Incluso, si el banquero presta a los depositantes otros servicios distintos de los naturalmente derivados de este tipo de mutuo, se le debe dar por ellos el correspondiente salario, a no ser que lo realice gratis en recompensa por haberle elegido exclusivamente a él como depositario, o bien con el fin de atraer clientes a su banco, “por lo cual -concluye Molina- en esto metería yo poco escrúpulo en la conciencia de los cambistas y mercaderes”⁸³².

X, p. 61, n. 40, todo ello citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, pp. 463-464.

⁸³¹ Alejandro A. Chafuen dice así: “Bankers are the real owners of the money they handle. When they receive a deposit, they do not promise to return the same money but, rather, an equal sum of money. Their only legal obligation is to have the sum ready when their clients demand it”, *Faith and Liberty: The Economic Thought of the Late Scholastics*, Lexington Books, Lanham, 2003, cap. XI, p. 123.

⁸³² Luis de Molina, *De Iustitia et Iure tomus secundus de contractibus*, Moguntiae, 1614, disp.408, 712-716 citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 464.

Luis de Molina constata la costumbre existente en algunos lugares de que el banquero, en atención a la ganancia que le reporta el tráfico con el dinero depositado, dé al depositante algún interés, por ejemplo a razón de 4 o 5 por mil al año. Esta praxis ¿es moral o inmoral? Depende de la intención con que actúe el banquero, contesta Molina, siguiendo a Azpilcueta y a Mercado. Si el banquero hace esto acordando con el depositante un interés, es usura, porque ese lucro es producto directo de un mutuo. Por el contrario, si el banquero hace eso mismo *graciosamente*, por mera liberalidad hacia el donante, ni le guía otra intención que la de recompensar el beneficio recibido y estimularle a que no retire el depósito de su banco, no es usura ni comete pecado, mientras no medie escándalo⁸³³. De todos modos, en un acto de honestidad, Luis de Molina advierte el peligro de la violación de los principios generales del Derecho en relación al depósito de dinero a la vista y las consecuencias morales y jurídicas que producen el incumplimiento de la guarda y custodia del *tantundem*: “hay que advertir que [los banqueros] pecan mortalmente si el dinero que tienen en depósito lo comprometen en sus negocios en tal cantidad que se ven luego incapacitados para entregar en el momento oportuno las cantidades que los depositantes piden o mandan pagar con cargo al dinero que tienen depositado... Asimismo, pecan mortalmente si se dedican a negocios tales que corren el peligro de llegar a una situación en que no puedan pagar los depósitos. Por ejemplo, si envían tantas mercancías a ultramar que en caso de naufragar la nave, o de que sea apresada por piratas, no les sea posible pagar los depósitos ni aun vendiendo su patrimonio. *Y no sólo pecan mortalmente cuando el negocio acaba mal, sino también aunque concluya favorablemente. Y eso por razón del peligro a que se expusieron de causar daño a los depositantes y fiadores que ellos mismos aportaron para los depósitos*”⁸³⁴. En definitiva, Luis de Molina acepta el uso del dinero depositado a la vista y el incumplimiento de la guarda y custodia del *tantundem*, siempre que esta actividad sea realizada con “prudencia”. Sin embargo, el

⁸³³ Luis de Molina, *De Iustitia et Iure tomus secundus de contractibus*, Moguntiae, 1614, disp.409, 719, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 491.

⁸³⁴ Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 79, (las cursivas son mías). Alejandro A. Chafuen indica en el mismo sentido: “Morally he [el banquero] sins by endangering his own capacity to meet his debts, even if, in the long run, he suffers no legal difficulties because his speculations with the client’s funds turned out well”, *Faith and Liberty: The Economic Thought of the Late Scholastics*, Lexington Books, Lanham, 2003, cap. XI, p. 123.

único modo de evitar incertidumbres y expansiones crediticias sin respaldo de ahorro real es garantizar el cumplimiento del elemento esencial del depósito, esto es, la guardia y custodia del *tantundem*, esto es, en términos bancarios, la exigencia de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien para la emisión de depósitos a la vista y sus equivalentes.

Otros autores escolásticos en torno al negocio bancario

Bartolomé Frías de Albornoz (s. XVI)⁸³⁵ legitima el pago de una suma monetaria por el servicio de porte, seguro del dinero y asunción de riesgo que todo ello conlleva. Además apunta que el banquero no es un prestamista de la moneda que asegura, más bien se limita a recibir la que le entregan para transferirla a otro lugar. Así que, si actúa como simple depositario de un dinero que no es suyo, no podrá llevar por ello interés alguno. La ley que manda que los banqueros sean personas abonadas, de confianza y alejadas de cualquier otro trato o negocio, “es sancta, justa, y buena, pero imposible de guardar a quien quiere bivar con su dinero, aunque mas lo jure”⁸³⁶. Domingo Báñez OP (1528-1604)⁸³⁷ realiza diferentes interpretaciones acerca del interés del depositante. Báñez explica que ciertamente no se puede tildar de usureros a cambistas y mercaderes por exigir un interés a los banqueros por depositar el dinero en su banco, ya que en ningún caso se trata de un préstamo. El banquero se convierte en mero depositario del dinero a través de esta operación, dispuesto a devolverlo tan pronto como se lo pida el depositante. Pero esto admitido, evidentemente en esta acción se esconde una injusticia, ya que el depositante -sostiene Domingo Báñez- tiene obligación de pagar un salario al banquero o, al menos, a no gravarle exigiendo un interés. Los mercaderes replicaban a esto que ya pagan el cinco por mil a los banqueros, un interés a su juicio excesivo por el servicio prestado, y que por eso detraen un tanto del salario citado, o algo estimable en precio, a saber, la fianza. Bien entendido: todo lo que sobre al banquero, realizada esta

⁸³⁵ Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, segunda parte, cap. I, pp. 118-120.

⁸³⁶ Bartolomé Frías de Albornoz, *Arte de los contractos* (Valencia 1573), 125v, 131r, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 462.

⁸³⁷ José Barrientos García, *Repertorio de Moral Económica (1536-1670): La Escuela de Salamanca y su proyección*, Eunsa, Pamplona, 2011, primera parte, pp. 164-176.

operación, debe considerarse justo precio de su servicio. Como se ve, Báñez fluctúa: apoya que el depositante pueda recibir un interés y, al mismo tiempo, considera justo que el depositario reciba una remuneración por el servicio prestado. Por eso concluye: “Nosotros sin embargo decimos que si esta narración es verdadera, no se hace injusticia alguna a los banqueros. Pero albergamos la seria sospecha de que el relato sea falso y se cometa injusticia con los banqueros. Injusticia que éstos padecen para a su vez infligir otra mayor a otros mercaderes y recabar mayor utilidad”⁸³⁸. Pedro de Ledesma OP (1544-1616)⁸³⁹ opina que cambistas y mercaderes que depositan su dinero en el banco exigiendo un interés -un dos por ciento-, cometen injusticia. Este autor manifiesta que la injusticia se acrece, en contra de lo que piensa de Soto, si el depositante, entregando una suma determinada, por ejemplo 10.000 ducados, exige al banquero que le fie una cantidad mayor, por ejemplo 12.000 ducados⁸⁴⁰.

Por otro lado, Miguel Bartolomé Salón OSA (1539-1621)⁸⁴¹ indica que el cometido de los banqueros comerciales es muy similar al de los banqueros públicos y de feria pues éstos tienen una obligación de mantener una constante liquidez para pagar las letras y deudas de los mercaderes y cambistas cuyo dinero custodian. De lo contrario quedan obligados a resarcir los daños que se deriven de su morosidad y falta de lealtad a sus depositantes y acreedores, ya que el depositario tiene el deber de restituir el depósito siempre que el dueño lo pida. En segundo lugar, el banquero debe evitar emprender negocios que puedan poner en peligro el dinero a ellos confiado, a no ser que dispongan de un activo monetario suficiente para responder a cualquier eventualidad. En caso contrario, el banquero peca gravemente por el mero hecho de exponer a peligro un

⁸³⁸ Domingo Báñez, *De Iure et Iustitia Decisiones*, Salmanticae, 1594, 649, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 491.

⁸³⁹ Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, segunda parte, cap. 137-138.

⁸⁴⁰ Pedro de Ledesma, *Segunda Parte de la Summa, en la qual se summa y cifra todo lo moral y casos de consciencia que no pertenecen a los sacramentos*, Salamanca, 1614, 576, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 489.

⁸⁴¹ José Barrientos García, *Repertorio de Moral Económica (1536-1670): La Escuela de Salamanca y su proyección*, Eunsa, Pamplona, 2011, segunda parte, pp. 278-293.

dinero que no es suyo⁸⁴². Miguel Bartolomé Salón indica que los banqueros de feria son muy parecidos a los banqueros públicos, se comprometían, por sí mismos o por sus avalistas, a guardar fielmente el dinero confiado por los mercaderes y a pagar “religiosamente” las letras y las deudas de sus mandatarios. A diferencia, sin embargo, de los banqueros públicos que actuaban gratuitamente al menos en Sevilla, los de ferias cobraban un salario al final de las mismas por el servicio prestado, que podía ascender mil quinientos o dos mil ducados anuales, según la cualidad de los negocios. Además percibían con mucha frecuencia de sus acreedores un plus del cinco o seis por mil por pagarles al contado antes de terminar la feria y en dinero grato, esto es, ajustado a los deseos de los acreedores⁸⁴³. Por otro lado, considera inmorales las operaciones en torno a la problemática discusión del interés hacia los depositantes. La primera porque si es injusto que el cambista o mercader no pague el justo salario al banquero en razón de los trabajos y servicios prestados, más injusto será si, además de eso, recibe un interés del banquero. Tal mercader se comportaría como si recibiese del banquero un tanto en razón del dinero prestado, lo cual es usura. Y tan injusta es la segunda operación del mercader que deposita su dinero en el banco con condición de darle crédito (“dicen en su lengua abonarle o hazerle buenos en su banco tantos ducados”). Pues esta obligación vale dinero, y exigírsela al banquero por razón del depósito no es menos usura que exigirle por el mismo título algún interés. “Pero esto-observa Salón-, a pesar de ser malo y deplorable, está en uso entre los mercaderes”. Salón señala que los mercaderes alegaban dos razones en su favor respecto al derecho de que el depositante reciba un interés del depositario. La primera razón era que los banqueros no protestan ni reclaman nada, antes al contrario lo toleran de buen grado por las muchas ganancias que se granjean con el dinero depositado. Era la segunda que estos banqueros, suponiendo que merezcan algún salario, ya reciben de los cambistas o de los acreedores por pagarles al contado una remuneración por los trabajos realizados del cinco o seis por mil. A la primera razón responde Salón que, si algo se lucra el banquero con ese dinero, ello se

⁸⁴² Miguel Bartolomé Salón, *Controversiae de Iustitia et Iure, atque de Contractibus, et commerciis humanis licitis ac illicitis. Tomus Secundus*, Venetiis, 1608, q.4, art. 4, 1796, 1798-1799, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 463.

⁸⁴³ Miguel Bartolomé Salón, *Controversiae de Iustitia et Iure, atque de Contractibus, et commerciis humanis licitis ac illicitis. Tomus Secundus*, Venetiis, 1608, q.4, art. 4, 1796, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 464.

debe a su actividad y diligencia, pues no lo recibe del mercader cuyo dinero guarda. Y el que no proteste ni reclame, no justifica la injusticia de los mercaderes. Pues el prestatario que necesita dinero y no lo encuentra sino con interés, tampoco reclama, antes al contrario acepta de buen grado la usura con el fin de liberarse así de otro perjuicio mayor. Mas no por esto deja de ser inmoral e injusta esa usura. A la segunda razón contesta Salón que es inmoral que el banquero perciba del acreedor un salario por este servicio de custodia que presta al mercader, pues éste, en cuanto dueño del depósito, se comporta como si alguien quisiese con dinero ajeno tener criados a su servicio. Cambistas y mercaderes no pueden acordar con los banqueros la percepción de un interés por más que éstos se lucren con el dinero de aquéllos. Sí, en cambio, podrá el banquero darles, libremente y por mera gratitud por las ganancias realizadas con el dinero depositado, una parte, como dicen que hacen los banqueros sevillanos. O bien en el caso del contrato de sociedad donde ambos socios exponen tanto a la pérdida como a la ganancia, lo cual no tiene aquí lugar⁸⁴⁴. Miguel Salón hace referencia a los banqueros de corte que se dedicaban a prestar dinero a caballeros y personajes ilustres a cambio de altos intereses pues según Salón estos banqueros-prestamistas recuperaban siempre el capital con grandes ganancias, sin daño alguno emergente ni lucro cesante⁸⁴⁵. En conclusión, aunque Miguel Bartolomé Salón condenaba de forma correcta que el depositante no pagara un interés al depositario por el servicio de custodia sino que además éste último pagara al depositante, termina aceptando de buen grado que el depositario violara la custodia del *tantundem* lo que significa, en términos bancarios, el uso de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria.

⁸⁴⁴ Miguel Bartolomé Salón, *Controversiae de Iustitia et Iure, atque de Contractibus, et commerciis humanis licitis ac illicitis. Tomus Secundus*, Venetiis, 1608, q.4, art. 4, 1799-1800, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 490.

⁸⁴⁵ Miguel Bartolomé Salón, *Controversiae de Iustitia et Iure, atque de Contractibus, et commerciis humanis licitis ac illicitis. Tomus Secundus*, Venetiis, 1608, q.4, art. 4, 1796-1797, citado en Abelardo del Vigo Gutiérrez, *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997, tercera parte, cap. IV, p. 464.

La actividad bancaria basada en un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien: el ejemplo del banco de Amsterdam

La creación del Banco Municipal de Amsterdam en 1609⁸⁴⁶ constituyó un gran hito para fundamentar la creación de una institución bancaria basada en los principios generales del derecho en relación con el contrato jurídico del depósito irregular de dinero. En efecto, durante un período de tiempo, aquellos depositantes del banco de Amsterdam no se vieron privados de sus depósitos y la entidad depositaria no actuó de modo fraudulento, esto es, sin mantener un coeficiente de reserva fraccionaria del cien por cien. Los desórdenes monetarios y las severas crisis financieras en los siglos pasados fueron provocados por la simbiosis letal entre la banca y el gobierno que permitieron la creación excepcional del Banco de Amsterdam con la exigencia natural de la disponibilidad del *tantundem* a favor del depositante, esto es, el reconocimiento de un coeficiente de caja del cien por cien en relación a los depósitos a la vista. De este modo, el Banco de Amsterdam⁸⁴⁷ mantuvo una cantidad de depósitos y un número existencias en metálico muy similares en torno al millón de florines durante el período 1610 y 1616. Por contra, los depósitos tuvieron un ligero desajuste con casi cuatro millones de florines mientras las existencias en metálico fueron levamente superiores a los tres millones quinientos mil desde el año 1619 a 1635. Sin embargo, el banco de Amsterdam supera este obstáculo y alcanza la solvencia de nuevo con once millones doscientos ochenta y ocho mil florines en forma de depósitos y once millones ochocientos mil florines en existencias en metálico en el año 1645. La solvencia permanece cuasi intacta durante un período muy largo de tiempo⁸⁴⁸ y el Banco posee veintiocho millones de

⁸⁴⁶ El Banco de Amsterdam tuvo como referencia y modelo a seguir a los bancos públicos de Sevilla (y Venecia) de acuerdo con el memorial elevado al Concejo municipal de Amsterdam por los comerciantes más representativos de Holanda, véase a José Antonio Rubio Sacristán, “La fundación del Banco de Amsterdam (1609) y la banca de Sevilla”, *Moneda y crédito*, marzo de 1948.

⁸⁴⁷ Las cifras recogidas de depósitos y coeficientes se encuentran en Pierre Vilar, *Oro y moneda en la historia (1450-1920)*, Editorial Ariel, Barcelona 1972, pp. 292-293.

⁸⁴⁸ El judío español José de la Vega escribió un libro titulado *Confusión de confusiones* en la cual nos relata con mucha ironía y genialidad el funcionamiento del mercado financiero, la banca, la bolsa y los

florines en depósitos⁸⁴⁹ y una cantidad de veintisiete millones de florines en existencias en metálico en el año 1721-1722. Y así el Banco de Amsterdam mantuvo el nivel de depósitos de florines y existencias de *stock* metálico de dinero en torno a los veintiocho y veintinueve millones de florines hasta el año 1772, *actuando, claro está, conforme a los principios universales del derecho -a saber, un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien- y respetando el derecho de propiedad de los depositantes durante poco más de cincuenta años*. El Banco de Amsterdam obtuvo un reconocimiento de prestigio y solvencia incomparable al resto de bancos de la época puesto que, por ejemplo, hubo una retirada masiva de dinero de los bancos holandeses debido al pánico financiero producido en Francia en el año 1672 por lo que muchos bancos se vieron obligados a suspender pagos como el Banco de Rotterdam y Middelburgo, salvo, lógicamente, el Banco de Amsterdam que no tuvo contratiempo ninguno en devolver los depósitos confiados de sus clientes. En este sentido, el historiador Antonio Miguel Bernal Rodríguez explica que “la confianza provenía de la solidez y garantía del dinero bancario emitido, pues, como sospechara Adam Smith, y luego demostrara Van Dillen, el Banco de Amsterdam utilizaba un sistema de reserva al 100 por cien 100, o, lo que es igual, por cada florín que circulaba como dinero bancario había un florín depositado en el Banco de Amsterdam”⁸⁵⁰.

Pierre Vilar señala el prestigio financiero del Banco de Amsterdam pues el embajador de Francia escribió un informe a su Rey en el año 1699 en el que apuntaba que “Amsterdam es, sin lugar a dudas, de todas las ciudades de las Provincias Unidas, la más considerable por su grandeza, por sus riquezas y por la extensión de su comercio. Incluso hay pocas ciudades en Europa que puedan igualarla en estos dos últimos aspectos; su comercio se extiende por las dos partes del mundo y sus riquezas son tan

negocios de esta ciudad holandesa. Véase la obra *Confusión de confusiones: dialogos curiosos entre un philosopho agudo, un Mercader discreto, y un Accionista erudito Describiendo el negocio de las Acciones, su origen, su ethimologia, su realidad, su juego, y su enredo / compuesto por Iosseph de la Vega, que con reverente obsequio lo dedica al Merito y Curiosidad Del muy Ilustre Señor Duarte Nunez da Costa*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1958, (reproducción facsímil de la edición en Amsterdam en 1688).

⁸⁴⁹ Se ha de observar que la subida de la cantidad de depósitos del Banco de Amsterdam se debió al movimiento de capitales por la crisis financiera creada por el sistema de John Law durante principios del siglo XVIII posiblemente.

⁸⁵⁰ Antonio Miguel Bernal Rodríguez, *España: proyecto inacabado*, Fundación Carolina-Centro de Estudios Hispánicos e Iberoamericanos- Marcial Pons, Madrid, 2005, cap. VIII, p. 485.

grandes que durante la guerra suministraba hasta cincuenta millones por año y todavía más”⁸⁵¹. Incluso, cuando el Banco de Amsterdam empezó a violar los principios generales del Derecho en relación al contrato de depósito irregular de dinero, el prestigio del Banco seguía siendo notable⁸⁵² ya que el cónsul de Francia en Amsterdam señaló que “a finales de la guerra marítima que ha retenido en las colonias españolas y portuguesas los tesoros procedentes de sus minas, Europa se halla, súbitamente, inundada de oro y de plata en una proporción que excede mucho a la necesidad que se tiene de ellos y que les degradaría si se les vertiese en seguida y de un solo golpe en la circulación. ¿Qué hacían en este caso las gentes de Amsterdam? Depositaban estos metales en lingotes en el Banco, *donde estaban a su disposición mediante una retribución muy módica*, y los sacaban poco a poco para enviarlos a los distintos países a medida que el aumento del cambio indicaba su necesidad. De esta forma, estos signos útiles, cuya afluencia demasiado rápida hubiera hecho subir excesivamente los precios de todas las cosas, en gran perjuicio de las personas que sólo disponen de ingresos fijos y limitados, se distribuían insensiblemente por una multitud de canales vivificando la industria y facilitando y animando los intercambios. Así, el Banco de Amsterdam no limitaba su acción a la utilidad particular de los negociantes de esta ciudad; *Europa entera le debía una mayor estabilidad en los precios, un equilibrio en los intercambios y una proporción más constante entre los dos metales que hacen las veces de moneda; y se puede decir que si este banco no se restableciera faltaría un resorte esencial a la gran máquina del comercio y de la economía política del mundo civilizado*”⁸⁵³. En

⁸⁵¹ Pierre Vilar, *Oro y moneda en la historia (1450-1920)*, Editorial Ariel, Barcelona 1972, p. 291.

⁸⁵² Una referencia de la influencia enorme del Banco de Amsterdam es descrita por el profesor Jesús Huerta de Soto el cual apunta la cita del banco holandés en los estatutos fundacionales de nuestro Banco de San Carlos en el año 1782 en su estipulación XLIV que dice así “se establece que los particulares podrán tener depositos o fondos equivalentes en dinero en el mismo banco, lo que será lícito a cualquiera que quisiere tenerlos resguardados en él, ya sea para librarlos o para recogerlos sucesivamente, y por este método se eximirán de hacer los pagos por sí mismos, aceptando sus letras como pagaderas en el banco. Los accionistas en la primera junta determinarán el tanto al millar que los comerciantes deban satisfacer al banco de las cantidades a que ascendieran sus cuentas, *con arreglo a lo que se practica en Holanda*, y establecerán las demás prevenciones convenientes al mejor despacho de los descuentos y reducciones”, véase *Real Cédula de S.M. y Señores del Consejo, por la qual se crea, erige y autoriza un Banco nacional y general para facilitar las operaciones del Comercio y el beneficio público de estos Reynos y los de Indias, con la denominación de Banco de San Carlos baxo las reglas que se expresan*, en la Imprenta de D. Pedro Marín en Madrid, año de 1782, pp. 31-32 (las cursivas son mías), citado en Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 83, nota a pie de página número 106.

⁸⁵³ Pierre Vilar, *Oro y moneda en la historia (1450-1920)*, Editorial Ariel, Barcelona 1972, pp. 293-294, (las cursivas son mías).

definitiva, se comprueba cómo el Banco de Amsterdam cumplió su deber conforme a los principios del Derecho desarrollado por el *Corpus Iuris Civilis* y la doctrina de algunos de los miembros de la Escuela de Salamanca, además de generar beneficios modestos para costear los gastos de custodia de los depósitos, cambio de monedas, pagos a terceros, acuñaciones de metal y otros servicios.

Las observaciones de David Hume, Sir James Steuart y Adam Smith respecto al Banco de Amsterdam

La influencia del Banco de Amsterdam fue objeto de críticas positivas por parte de muchos teóricos e intelectuales de la época. David Hume menciona favorablemente a favor del Banco de Amsterdam en su obra *Of Money* que fue publicada por primera vez en un libro titulado *Political Discourses* en Edimburgo en el año 1752. Este teórico se manifiesta contrario al papel-moneda y sostiene que el negocio bancario solvente y líquido es aquel que funciona con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien en relación a los depósitos a la vista de dinero⁸⁵⁴. Incluso, en la tercera edición de sus *Essays and Treatises on Several Subjects* en cuatro volúmenes en Londres y Edimburgo, 1753-1754, David Hume sigue afirmando que “no bank could be more advantageous than such a one as locked up all the money it received” y añade en una nota a pie de página número 4 que “this is the case with the Bank of Amsterdam”⁸⁵⁵. Otro autor que efectuó valoraciones afirmativas acerca del Banco de Amsterdam fue Sir

⁸⁵⁴ David Hume afirma que: “to endeavour artificially to encrease such a credit, can never be the interest of any trading nation; but must lay them under disadvantages, by encreasing money beyond its natural proportion to labour and commodities, and thereby heightening their price to the merchant manufacturer. And in this view, it must be allowed, *that no bank could be more advantageous, than such a one as locked up all the money it received, and never augmented the circulating coin, as is usual, by returning part of its treasure into commerce. A public bank, by this expedient, might cut off much of the dealings of private bankers and money-jobbers; and though the state bore the charge of salaries to the directors and tellers of this bank (for, according to the preceding supposition, it would have no profit from its dealings), the national advantage, resulting from the low price of labour and the destruction of paper credit, would be a sufficient compensation*”, David Hume, *Essays: Moral, Political and Literary*, editada por Eugene F. Miller y publicada por Liberty Fund, Indianápolis, 1985, pp. 284-285, (las cursivas son mías), citado en Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 84. Aunque David Hume apunta de modo erróneo que el banco no obtendría beneficios netos suficientes para costear los gastos operativos financieros, la idea principal es el argumento de la creación de un banco público bajo las reglas establecidas -coeficiente de caja del cien por cien- del Banco de Amsterdam.

⁸⁵⁵ Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 84.

James Steuart en el capítulo 39 del volumen II titulado “circulation of coin through the Bank of Amsterdam” contenido en su tratado que lleva por nombre *An Enquiry into the Principles of Political Oeconomy: Being an Essay on the Science of Domestic Policy in Free Nations* publicado en el año 1767. Sir James Steuart expresa que “every shilling written in the books of the bank, is actually locked up, in coin, in the bank repositories” no obstante Steaurt expresa que “although, by the regulations of the bank, no coin can be issued to any person who demands it in consequence of his credit in bank; yet I have not the least doubt, but *that both the credit written in the books of the bank, and the cash in the repositories which balances it, may suffer alternate augmentations and diminutions, according to the greater or less demand for bank money*”⁸⁵⁶. Sin embargo, el economista afamado Adam Smith⁸⁵⁷ expone el cumplimiento ejemplar de esta institución en su *Riqueza de las naciones* en 1776 dado que “The Bank of Amsterdam professes to lend out no part of what is deposited with it, but, for every guilder for which it gives credit in its books, to keep in its repositories the value of a guilder either in money or bullion. That it keeps in its repositories all the money or bullion for which there are receipts in force, for which it is at all times liable to be called upon, and which, in reality, is continually going from it and returning to it again, cannot well be doubted ... At Amsterdam no point of faith is better established than that for every guilder, circulated as bank money, there is a correspondant guilder in gold or silver to be found in the treasure of the bank”⁸⁵⁸. Adam Smith describe el funcionamiento del Banco de Amsterdam bajo la dirección de cuatro burgomaestres que visitan las cajas, comparan su contenido en dinero metálico con los apuntes de billetes y depósitos que hay en los

⁸⁵⁶ James Steuart, *An Enquiry into the Principles of Political Oeconomy: Being an Essay on the Science of Domestic Policy in Free Nations*, publicado por A. Miller & T. Cadell in the Strand, Londres, 1767, vol. II, p. 301, (las cursivas son mías).

⁸⁵⁷ Charles Rist explica que: “Adam Smith ha descrito con perfección el mecanismo de los Bancos en Escocia e Inglaterra y ha mostrado admirablemente que una moneda de Banco, para conservar su valor, debe constantemente ser convertible a la vista, ya que esta convertibilidad es la condición del mantenimiento de su equivalencia con la moneda metálica y que un banquero debe siempre tener un encaja metálico suficiente para hacer frente a los reembolsos”, Charles Rist, *Historia de las Doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda*, traducción de Ernesto Schop Santos, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, cap. I, p. 77.

⁸⁵⁸ Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, publicada por W. Strahan & T. Cadell, in the Strand, Londres 1776, vol. II., pp. 72-73, citado en Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 86.

libros y declaran bajo juramento y con gran solemnidad que ambos coinciden⁸⁵⁹. En conclusión, Adam Smith subraya la necesidad de que los depositantes sean los que paguen al banco por la guarda y custodia del *tantundem* conforme a la naturaleza del contrato jurídico del depósito irregular de dinero: “the City of Amsterdam derives a considerable revenue from the bank, besides what may be called the warehouse-rent above mentioned, each person, upon first opening an account with the bank, pays a fee of ten guilders, and for every new account three guilders three stivers; for every transfer two stivers; and if the transfer is for less than three hundred guilders, six stivers, in order to discourage the multiplicity of small transactions”⁸⁶⁰. Por desgracia, el Banco de Amsterdam comenzó a violar los principios jurídicos esenciales respecto a los depósitos de dinero a la vista sobre los cuales esta institución se había fundado y comenzó a reducir considerablemente el coeficiente de caja a partir de los años ochenta del siglo XVIII cuando la ciudad de Amsterdam exigió al banco que le prestará parte de sus depósitos para costear el aumento del gasto público⁸⁶¹. Lógicamente, el Banco de Amsterdam siguió violando este principio lo que supuso la desaparición y quiebra del último ejemplo histórico del sistema financiero basado en un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien⁸⁶².

⁸⁵⁹ La seguridad, solvencia y liquidez del Banco de Amsterdam era tan reconocida que Adam Smith menciona la visita que el Rey de Francia realiza en Utrecht (Holanda) cuando ésta estaba a punto de ser conquistada por una potencia extranjera por lo que el Banco de Amsterdam restituyó todo el dinero depositado a la vista que fue reclamado previamente. Otro dato adicional respecto al buen hacer del Banco de Amsterdam es mencionado por Adam Smith que cuenta la anécdota de que algunas de las monedas que se habían retirado por el mismo Banco aparecían dañadas por el fuego que afectó al edificio del banco poco después de su creación el año 1609, todo citado en Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 86.

⁸⁶⁰ Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, publicada por W. Strahan & T. Cadell, in the Strand, Londres 1776, vol. II, p. 74.

⁸⁶¹ La cifra de depósitos alcanzó los veinte millones mientras que el stock de dinero en metálico apenas superaba los cuatro millones luego el elemento de guarda y custodia del *tantundem* fue violado, reducido y materializado a un coeficiente de caja de reserva fraccionaria de menos del 25 por ciento, citado en Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 87.

⁸⁶² Véase las obras de Pierre Vilar, *Oro y moneda en la historia (1450-1920)*, Editorial Ariel, Barcelona 1972, p. 293.

El banco de Suecia

El banco de Suecia (Riksbank) comenzó a funcionar en el año 1656⁸⁶³, dividido en dos departamentos principales según el modelo del banco de Amsterdam, esto es, un departamento encargado de la guarda y custodia de depósitos con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien -Wechselbank- y otro departamento enfocado solamente a la concesión de préstamos -Lanebank-. La separación de ambos departamentos fue más aparente que real ya que el banco de Estocolmo no actuó conforme a los principios generales del derecho⁸⁶⁴ en relación al depósito irregular de dinero sino que incluso inició un negocio nuevo fraudulento, es decir, *la emisión de billetes de banco o certificados de depósito por un volumen superior al dinero depositado en metálico*. En efecto, el Riksbank es primero en emitir billetes de banco en sustitución de la moneda metálica, si bien éstos -según E. F. Heckscher- no ocuparían sino el tercer lugar del “dinero bancario” detrás de las letras cambiarias -el primero- y los depósitos -el segundo-⁸⁶⁵. Este nuevo negocio basado en la emisión de billetes de banco llegará a ser la actividad principal de los bancos, tanto como para ocultar a los teóricos y tratadistas más conspicuos la naturaleza idéntica de este nuevo negocio con el efecto expansivo de la emisión de depósitos sin respaldo.

El banco de Inglaterra

El banco de Inglaterra se fundó en el año 1694 y tomó como modelo el Banco de Amsterdam gracias a la influencia que el país holandés llegó a tener en la Inglaterra de aquel tiempo. Asimismo, Inglaterra cumplió un papel esencial como una nación comercial de primera fila a finales del siglo XVII, favoreciendo una acumulación de

⁸⁶³ El banco de Estocolmo fue absorbido por el estado sueco en el año 1668 por lo que parece ser que llegó a ser el primer banco estatal del mundo occidental. Como dato adicional se debe mencionar que la celebración del tercer centenario del Banco de Suecia en 1968 estableció la creación de un Premio Nobel de Economía a otorgar cada año.

⁸⁶⁴ Charles P. Kindleberger, *Historia financiera de Europa*, traducido al español por Antonio Menduiña y Juan Tudores, con la colaboración de Jordi Beltrán y Lidia Lumpuy, y publicada por Editorial Crítica, Barcelona 2011, pp. 71 y 72.

⁸⁶⁵ E. F. Heckscher, “The Bank of Sweden in its connection with the Bank of Amsterdam” en J. G. van Dillen (editor), *History of the Principal Public Banks*, La Haya, 1934, citado en Antonio Miguel Bernal Rodríguez, *España: proyecto inacabado*, Fundación Carolina-Centro de Estudios Hispánicos e Iberoamericanos- Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 486, nota a pie de página 68.

capital e inversiones en todos los sectores de la economía de modo importante durante el período de la Revolución Industrial (XVIII-XIX)⁸⁶⁶. Desde un primer momento, el banco no se organizó bajo los principios universales del Derecho puesto que los elementos de guarda y custodia del *tantundem* en favor del depositante no fueron respetados en ningún momento y la función principal del Banco de Inglaterra se centró en la financiación del gasto público⁸⁶⁷ posteriormente. El historiador Rondon Cameron⁸⁶⁸ ha efectuado una tabla estadística con datos acerca de la cantidad de dinero donde señala el uso de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria en Inglaterra y Gales durante el período 1668-1913. Ciertamente, esta tabla estadística muestra un descenso del dinero en metálico y, correspondientemente, un aumento extraordinario del dinero creado por la banca⁸⁶⁹. Además, el banco intentó frenar los abusos históricos⁸⁷⁰

⁸⁶⁶ Según el historiador Rondon Cameron: “Desde principios hasta mediados del siglo XVIII el volumen total del comercio exterior de Inglaterra (importaciones, exportaciones y reexportaciones) llegó a duplicarse. Hacia 1785 era casi un 50 por 100 más alto que en 1750, y en los quince años siguientes se duplicó de nuevo. Alrededor de 1845 era más de tres veces mayor que a principios del siglo XIX”, Rondon Cameron, *La banca en las primeras etapas de la industrialización*, traducción por Dámaso Álvarez Monteagudo y revisión e índice por Pedro Tedde de Lorca, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, cap. II, p. 32.

⁸⁶⁷ “Hacia mediados del siglo XVIII había logrado una posición inexpugnable en la estructura financiera de la nación. Su poder y su influencia provenían de su conexión con la financiación pública; su papel en la financiación privada fue poco importante y accesorio para la primera. Para la década de 1778-1787 las reservas bancarias de valores públicos ascendían, por término medio, al 70 por 100 de su cartera total. En 1795 sus adelantos al Gobierno ascendían al 77 por 100 del total. La mayor parte de estos adelantos se hacían por medio de letras de descuento del Tesoro emitidas para los suministros y las requisas. El banco también descontaba otras letras del Gobierno -la Armada, el abastecimiento, etcétera- y concedía adelantos contra futuros recibos de impuestos sobre la tierra y sobre el consumo”, para más información véase Rondon Cameron, *La banca en las primeras etapas de la industrialización*, traducción por Dámaso Álvarez Monteagudo y revisión e índice por Pedro Tedde de Lorca, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, cap. II, pp. 36-37.

⁸⁶⁸ Se debe realizar alguna crítica al instrumental analítico y teórico de Rondon Cameron que sostiene posiciones preocupantes y peligrosas a favor del aumento de la cantidad de dinero pues afirma que “una de las funciones más importantes del sistema bancario era proporcionar una provisión mayor de medios de pago para hacer frente a la demanda creciente de dinero que iba unida a la industrialización, a los ingresos más altos, y a la “monetización” de toda la economía” así como también lanza cierto desprecio a los miembros de la *currency school* a los cuales califica de “teorías ingenuas”, véase Rondon Cameron, *La banca en las primeras etapas de la industrialización*, traducción por Dámaso Álvarez Monteagudo y revisión e índice por Pedro Tedde de Lorca, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, cap. II, pp. 58 y 65.

⁸⁶⁹ El historiador Rondon Cameron realiza una tabla estadística aproximativa respecto al volumen de dinero desde el año 1688-1689 hasta el año 1913. Los porcentajes del volumen de dinero fueron los siguientes: un aumento continuo de la cantidad depósitos que alcanza la cifra de un 10% el año 1800-1801 hasta el 85% de la oferta monetaria en el año 1913; un aumento de los billetes de banco de 25% desde el año 1688-1689 hasta un 60% en el año 1811 y, debido a la prohibición de la emisión de billetes de banco sin respaldo, una disminución de la cantidad de billetes de banco desde un 42,7% en el año 1821 hasta la cifra de un 3,5% en el año 1913; y, por último, el dinero en metálico descendió desde el 83,3% en el año 1688-1689 hasta un 11,5% en el año 1913. Como se comprueba, la banca de Inglaterra y Gales violó el elemento esencial de la guarda y custodia del *tantundem* del contrato de depósito irregular de dinero, esto es, en términos bancarios, actuó con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria. Para más información

de los banqueros privados y de las autoridades gubernativas correspondientes sin éxito ninguno. El banco terminó suspendiendo pagos en el año 1797⁸⁷¹ debido al incumplimiento de la obligación de la custodia del *tantundem* en relación a los depósitos como también a la sucesiva concesión de préstamos con cargos a los primeros a la hacienda pública. Desafortunadamente, los privilegios otorgados a esta institución financiera (recepción de saldos procedentes del gobierno, única persona jurídica emisora de billetes) no pudieron contener la inevitable suspensión de pagos del Banco de Inglaterra en el año 1797⁸⁷² por lo que se impidió el abono en metálico de los depósitos, se declaró que los billetes emitidos por el banco tendrían curso forzoso para el pago de los impuestos y la satisfacción de las deudas y, por último, se intentó limitar los adelantos y préstamos al gobierno⁸⁷³. De manera innegable, el Banco de Inglaterra

véase el trabajo de Rondon Cameron, *La banca en las primeras etapas de la industrialización*, traducción por Dámaso Álvarez Monteagudo y revisión e índice por Pedro Tedde de Lorca, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, cap. II, pp. 58-68 y, especialmente, las página 59.

⁸⁷⁰ El profesor Jesús Huerta de Soto expone que “En 1640, Carlos I, copiando la política seguida en España un siglo antes por su homónimo el emperador Carlos V, confiscó el oro y los objetos preciosos que habían sido depositados en custodia en la Torre de Londres para su salvaguarda, destruyendo así completamente la reputación de la casa de acuñación como un lugar seguro de custodia. Y treinta y dos años después, Carlos II faltó nuevamente a sus obligaciones, haciendo que suspendiera pagos la hacienda real y motivando la quiebra de muchos bancos privados que habían efectuado préstamos a la hacienda o que habían comprado directamente títulos de la misma con cargo a los depósitos que habían recibido a la vista”, véase en Charles P. Kindleberger, *Historia financiera de Europa*, traducido al español por Antonio Menduñía y Juan Tudores, con la colaboración de Jordi Beltrán y Lidia Lumpuy, y publicada por Editorial Crítica, Barcelona 2011, pp. 73 y 74, citado en Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 88.

⁸⁷¹ Rondon Cameron apunta que “Hacia 1775 sus reservas en metales preciosos (oro en su mayor parte) era, por término medio, de cinco millones de libras en una época en que las reservas monetarias totales de oro del país no sobrepasaban los 20 millones de libras. Si bien sus reservas en metálico fluctuaron ampliamente desde un mínimo de 367.000 libras en 1763 a un máximo de 8.646.000 en 1789, la importancia del Banco sufrió la prueba decisiva en 1797, cuando, bajo la presión de un drenaje interno de metálico, y bajo la amenaza de una invasión francesa, el Banco suspendió pagos en metal con la autorización del Gobierno, y los bancos regionales ingleses, así como también los de Escocia, cesaron espontáneamente de pagar sus billetes en oro, aunque no estuvieran autorizados a hacerlo hasta mucho después”, véase Rondon Cameron, *La banca en las primeras etapas de la industrialización*, traducción por Dámaso Álvarez Monteagudo y revisión e índice por Pedro Tedde de Lorca, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, cap. II, p. 39.

⁸⁷² En mitad de la expansión inflacionista que causó la suspensión de pagos del Banco de Inglaterra en el año 1797, el *Sword Blade Bank* y la Compañía de los Mares del Sur de Inglaterra iniciaron una especulación bursátil de sus valores -*South Sea Bubble*- gracias a esta oferta masiva de crédito generalizada en Gran Bretaña. La histeria inflacionista fue tan importante que el colapso de las acciones de la Compañía de los Mares del Sur y del *Sword Blade Bank* estuvo a punto de hundir el Banco de Inglaterra, véase Charles P. Kindleberger, *Manías, pánicos y cracs*, Editorial Ariel, Barcelona, 2012, cap. III, pp. 86 y 87 y cap. V, p. 155.

⁸⁷³ Algunos teóricos pusieron de manifiesto el peligro insoslayable existente entre la banca y el gobierno. De este modo, el senador americano de la segunda mitad del siglo XVIII llamado John Taylor denominó esta práctica de verdadero fraude, indicando que “under our mild policy the banks’ crimes may possibly be numbered, but no figures can record their punishments, because they are never punished”, véase John

es el modelo de un sistema financiero internacional copiado en todo el mundo -basado en un coeficiente de caja de reserva fraccionaria y en la existencia de un banco central como prestamista de última instancia- y en el que según Rondon Cameron “una gran parte de la teoría monetaria y bancaria, tanto clásica como moderna, procede del estudio público de la situación en Inglaterra y de las discusiones relativas a la política inglesa. Banqueros, economistas y hombres de Estado de todo el mundo han tomado el modelo a Inglaterra para sus bancos, teorías bancarias y políticas nacionales”⁸⁷⁴.

John Law y el sistema bancario de Francia en el siglo XVIII: la burbuja de la Compañía del Mississippi de 1720

El sistema bancario en la Francia del siglo XVIII tiene un protagonista absoluto de origen escocés llamado John Law⁸⁷⁵. Este personaje contribuyó a fundar un banco -“*La banque royale*”- que utilizaba el dinero depositado en ella, aumentando la cantidad de dinero en circulación y estimulando el desarrollo económico. El fondo teórico de la creación de esta institución apoyada por Law se resume sintéticamente en su primera

Taylor, *Construction Construed and Constitutions Vindicated*, Shepherd & Pollard, Richmond, Virginia, 1820, reeditado por DaCapa Press, Nueva York 1970, pp. 182-183, citado en Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 89.

⁸⁷⁴ Rondon Cameron, *La banca en las primeras etapas de la industrialización*, traducción por Dámaso Álvarez Monteagudo y revisión e índice por Pedro Tedde de Lorca, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, cap. II, p. 31.

⁸⁷⁵ John Law fue un aventurero, especulador, financiero y economista. Nació en Edimburgo en 1671, realizó algunos estudios y marchó a Londres a los veinte años, donde dedicó la mayor parte de sus actividades. Mató a una persona en un desafío, fue condenado a muerte e indultado, y logró escapar de la prisión y trasladarse al Continente. Después de unos años de viajes, regresó a Escocia y en 1705 publicó su obra más importante titulada *Money and Trade considered, with a proposal for supplying the Nation with money (El dinero y el comercio considerados, con un proyecto para suministrar moneda a la nación)*. En este libro se contienen las líneas fundamentales de lo que vino a llamarse el “sistema”. Con esta sola palabra se designaba corrientemente en Francia e Inglaterra en las primeras décadas del siglo XVIII, el conjunto de las ideas de Law; éste es un mercantilista, pero con alguna peculiaridad; cree que la fuerza y la riqueza de un país dependen del número de sus habitantes y de la abundancia de mercancías; ésta, a su vez, depende de la actividad del comercio, y éste de la abundancia de dinero. Pero a diferencia de los mercantilistas, Law no cree necesario que éste sea de metales preciosos: el papel, el crédito pueden sustituirlos. En consecuencia propone la creación de un banco que ponga en circulación todo el dinero necesario ¿Cuál sería su cantidad? La que se precise para satisfacer la demanda de la población: el banco prestará el dinero de papel a cualquier persona que la solicite, ofreciendo una garantía del préstamo (tierras, casas, etc.), véase el resumen biográfico de Lucas Beltrán, *Historia de las doctrinas económicas*, Editorial Teide, Barcelona, 1961, cap. V, p. 51.

memoria dirigida⁸⁷⁶ al Parlamento de Escocia en 1705 en el cual confirma todo su pensamiento: la única forma de enriquecer a un país es aumentar la cantidad de moneda⁸⁷⁷. Sin embargo, John Law no reflexiona que la moneda verdadera, es decir, la moneda metálica, no entra en un país más que en razón de las mercancías o servicios que este país ha enviado a otros. Por contraste, entiende John Law, será suficiente “crear” una moneda de papel para desarrollar una actividad potente o adquirir la carencia de los recursos naturales correspondientes en aquellos países pobres⁸⁷⁸. De modo sorprendente, el regente Felipe de Orleans aceptó la creación de esta institución bancaria por John Law así como otras medidas de corte intervencionista⁸⁷⁹ que ayudaron a desarrollar este sistema bancario singular en la Francia del siglo XVIII. Aunque la redacción de sus dos memorias sobre los Bancos para la creación de su “sistema” y los correspondientes proyectos presentados a los consejeros del Regente en

⁸⁷⁶ La exposición de este proyecto con el título de *Money and Trade considered with a proposal for Supplying the Nation with Money* es el tratado traducido al francés en 1720 con el título *Considérations sur le Commerce et sur l'Argent* y publicado por Daire en el *Recueil des Économistes financiers du XVIII^e siècle* (Guillaumin, 1843).

⁸⁷⁷ John Law escribe los siguientes argumentos en su *Considérations sur le Commerce et sur l'Argent*: “Considerando cuán módica es la porción que nosotros (habla de Escocia) tenemos de moneda metálica de Europa y cuán grande es la influencia del numerario sobre el comercio, se reconocerá que no hay otro medio para mejorar nuestra condición, que el aumento de nuestro numerario; ya que si la cosa es practicable sin numerario, con este auxilio lo es mucho más. Lo que constituye la potencia y la riqueza de una nación, es una población numerosa y almacenes con mercancías extranjeras y nacionales, Los objetos dependen del comercio y el comercio depende del numerario y así, para ser potentes y ricos con relación a las otras naciones, deberíamos tener numerario en la misma proporción, ya que sin numerario las mejores leyes no podrían emplear a los individuos, ni perfeccionar los productos, ni extender las manufacturas o el comercio”. John Law continúa diciendo “Comercio exterior y comercio interior dependen igualmente de la abundancia del numerario” y añade “Las buenas leyes pueden llevar el numerario al grado más alto de circulación de que sea susceptible y destinarle a los empleos que sean más provechosos al país; pero ninguna ley podría ir más lejos y no se puede hacer trabajar a un mayor número de individuos sin una mayor cantidad de numerario puesto en circulación para pagar los salarios de este mayor número de individuos”, véase John Law, *Considérations sur le Commerce et sur l'Argent*, pp. 505-506 y 472, todo ello citado en Charles Rist, *Historia de las Doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda*, traducción de Ernesto Schop Santos, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, cap. I, pp. 42-43.

⁸⁷⁸ Charles Rist, *Historia de las Doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda*, traducción de Ernesto Schop Santos, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, cap. I, p. 41.

⁸⁷⁹ El profesor Jesús Huerta de Soto explica estas tres causas distintas pero complementarias que facilitaron el sistema bancario propuesto por el escocés John Law: “En primer lugar, el incumplimiento de los principios tradicionales del derecho y la moral, y en este caso de aquel según el cual en el contrato de depósito irregular de dinero es imprescindible mantener en todo momento la custodia del 100 por cien del mismo. En segundo lugar, el error en el análisis teórico que parece justificar el incumplimiento de los principios jurídicos para conseguir unos objetivos aparentemente beneficiosos de una manera expeditiva. Y en tercer lugar, el hecho de que, como consecuencia de las reformas propuestas, siempre haya unos agentes específicos que se den cuenta de que pueden obtener grandes beneficios de las mismas”, véase Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, p. 90.

el año 1715 estaban correctamente articulados⁸⁸⁰ -garantizando la reembolsabilidad de los billetes en moneda metálica y la conservación de valor del dinero-, el objetivo oculto de este famoso “sistema” era aclimatar la aceptación del nuevo papel moneda por parte de la ciudadanía y así iniciar la expansión del crédito sin respaldo de ahorro real⁸⁸¹. Como no podría ser otra manera, el banco ideado por este escocés captó dinero en forma de depósitos a la vista⁸⁸² y concedió préstamos e imprimió billetes ampliamente con cargos a los mismos, violando los principios generales del derecho respecto al contrato de depósito irregular de dinero. Además, el banco diseñado por John Law adquirió reconocimiento estatal en el año 1718 e incrementó la emisión de préstamos y billetes de banco en circulación todavía más, por lo que tuvo un efecto *boom* en el mercado bursátil en general y, en concreto, en las acciones de la compañía comercial de occidente denominada “Compañía Mississipi”⁸⁸³ que desarrollaba su negocio comercial en la citada colonia francesa en América del Norte. La confianza del público sobre el sistema de John Law era tal que circulaba un proverbio hecho para tentar a los aventureros de las finanzas a principios de siglo y que Law no ignoraba. El proverbio

⁸⁸⁰ John Law declara: “El banco no emitirá más que papel aceptado voluntariamente y siempre reembolsable. *Ese papel será liberado en escudos de oro, como la moneda del Banco de Amsterdam es liberada en marcos Banco. Incluso si el Banco se limitaba a no emitir más que una cantidad de papel igual a su cobertura metálica*, no sería tal papel menos bienhechor a la economía a causa de las facilidades que supone el transporte del billete, de su rapidez de circulación más grande, así como de la substitución del billete a las letras de cambio interiores. *La confianza en el billete vendrá de su reembolsabilidad y Su Alteza Real no podrá hacer nada mejor y que dé más reputación a su regencia que el mantener la moneda sagrada*”, véase Charles Rist, *Historia de las Doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda*, traducción de Ernesto Schop Santos, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, cap. I, pp. 59 y 60, (las cursivas son mías).

⁸⁸¹ Charles Rist, *Historia de las Doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda*, traducción de Ernesto Schop Santos, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, cap. I, pp. 59 y 60.

⁸⁸² “John Law se indigna de que los particulares tengan más crédito que el Estado, pero es que el Estado del siglo XVII y del XVIII había hecho todo lo necesario para arruinar su propio crédito y, aún más, Law lo sabía bien y en 1715, cuando presenta sus *Mémoires*, dirigida una a Desmarets, reinando aún Luis XIV, y la otra al Regente en las que defiende su proyecto, consagra páginas enteras a demostrar, ¿qué? *Pues que el Regente será el primer interesado en no apoderarse de los fondos depositados en el nuevo Banco, ya que ésta era la principal objeción de sus adversarios y sobre la que insistían sin cesar para impedir la creación del Banco*; es decir, *la tentación que una caja como ésta no dejaría de ofrecer a los gobiernos en sus apuros de dinero. ¡Es un hecho demasiado conocido que los ensayos franceses de Bancos de emisión durante este siglo fracasaron ante este temor!*”, Charles Rist, *Historia de las Doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda*, traducción de Ernesto Schop Santos, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, cap. I, p. 57.

⁸⁸³ La Compañía comercial del Mississipi o Compañía de Occidente absorbió a otras compañías coloniales francesas, como la Compañía francesa de las Indias Orientales, por lo que convirtió en la Compañía Perpetua de las Indias. En 1720, la *Banque Royale* y la Compañía Perpetua de las Indias se fusionaron y acto seguido se nombró Inspector General de Finanzas a John Law el cual centralizó toda la operación.

decía: “El buen Banco es el que no paga”. Así es, estos bancos que no pagaban eran buenos, se creía, porque no hacían crédito y conservaban siempre en caja los fondos depositados y *así los depositantes no corrían ningún riesgo*⁸⁸⁴. Aunque la capacidad de “reembolsabilidad” constante del billete de banco no era después de todo una condición *sine qua non* del buen funcionamiento de un Banco, este teórico asegura que se podía ampliar un poco la emisión de billetes sin respaldo en detrimento de la propia “reembolsabilidad”⁸⁸⁵.

Posteriormente, la burbuja financiera producida por este sistema se hizo notar en el año 1720 y John Law intentó mantener el valor de las acciones de la Compañía del Mississippi como también el valor de los billetes del banco mediante diversos medios: el Banco Real y la compañía comercial fueron fusionados, las acciones de la compañía se declararon dinero de curso forzoso⁸⁸⁶, se obliga el empleo del billete en el pago de las letras de cambio y para cantidades superiores a 300 libras (el mismo método del Banco de Amsterdam en su última etapa), la monedas perdieron parte de su peso metálico para equipararlo con los billetes de banco, etc. El público, inquieto por la emisión de billetes, se precipitaba al Banco Real para reclamar el reembolso de los billetes en moneda en metálico. En efecto, el pensamiento medular de John Law se configura en contra del

⁸⁸⁴ Véase Charles Rist, *Historia de las Doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda*, traducción de Ernesto Schop Santos, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, cap. I, p. 39. Charles Rist, citando a Mellon mediante el capítulo IV del libro IV de la obra *Della Moneta* de Galiani, señala en la nota de pie de página número 1, que “En el tiempo en que el Banco de Law cesó en sus pagos, aparecieron diferentes impresos en uno de los cuales se decía: *El buen banco es el que no paga*. Las circunstancias convirtieron en algo jocoso este principio que, desde luego, es absolutamente cierto. El Banco de Amsterdam no paga porque tiene un sistema ventajoso”. En efecto, la expresión “El buen Banco es el que no paga” nació gracias al buen hacer del Banco de Amsterdam que disponía de dinero de banco convertible, dicho que se extendió al banco Real de John Law irónicamente.

⁸⁸⁵ John Law afirma: “El bien seguro que resultaría del establecimiento de un Banco haría más que compensar los riesgos *aunque el Banco faltara a sus pagos una vez en dos o tres años, con tal de que las sumas prestadas estuviesen bien aseguradas*”, *Considerations sur le Commerce et l’argent*, p. 491, Ed. Daire, obra citada en la nota a pie de página número 2 de Charles Rist, *Historia de las Doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda*, traducción de Ernesto Schop Santos, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, cap. I, p. 40.

⁸⁸⁶ John Law tuvo todos los argumentos a favor de la aplicación de la moneda papel de curso legal o forzoso en la cabeza. Este autor diferencia entre el papel moneda (no reembolsable en moneda metálica) y el billete de Banco (sí reembolsable en moneda metálica). En efecto, John Law quiere obtener la confianza del público para que la moneda papel (no reembolsable) sea aceptada con las mismas características que un billete de Banco, a excepción de la característica más importante, a saber, la “reembolsabilidad”. En conclusión, el reembolso es un estorbo para John Law. Véase el trabajo de Charles Rist, *Historia de las Doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda*, traducción de Ernesto Schop Santos, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, cap. I, pp. 51 y 52.

acto criminal como es el atesoramiento de los individuos⁸⁸⁷; este autor entiende que el dinero sólo sirve para trocar mercancías por mercancías y, por tanto, comprende erróneamente que el dinero no es sólo un medio de intercambio sino un depósito de valor también⁸⁸⁸. Así es, la ruina del banco ideado por Law era inminente y muchos clientes perdieron el dinero confiado y todo el valor de las acciones de la compañía comercial debido a la excesiva expansión de su “moneda de papel”. El fracaso del Banco Real tuvo una profunda resonancia y nadie en el extranjero trató de defender el sistema de Law salvo su antiguo colaborador Dutot. Por su parte, David Hume, hablando de las *Réflexions politiques* de Dutot, reprocha a Law referirse a hechos dudosos y una clamorosa falta de autoridad. Ferdinando Galiani llama al sistema de John Law “una de las más extrañas producciones de la inteligencia humana”, y en cuanto a Adam Smith ni siquiera discute las ideas de John Law, limitándose a escribir a propósito de su primer libro: “Las ideas magníficas, pero visionarias, que se exponen en esta obra y en otras, basadas sobre los mismos principios, continúan impresionando a muchas personas y quizá han contribuido parcialmente a este exceso de Bancos de que tanto se han quejado recientemente en Escocia y en otras partes”. Incluso Adam Smith llama al sistema “el proyecto más extravagante de Banco y de especulación bolsística

⁸⁸⁷ “Hay gentes -se pregunta Law- lo bastante mal intencionadas o lo bastante mal informadas de las verdades económicas más elementales, para ceder a una tentación como ésta y desviar la moneda de su verdadera función, que es exclusivamente la de circular? Pues si estas gentes existen no pueden tolerarse: es preciso quitarles esta tentación funesta”, veáse el trabajo de Charles Rist, *Historia de las Doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda*, traducción de Ernesto Schop Santos, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, cap. I, p. 55.

⁸⁸⁸ Veáse el trabajo de Charles Rist, *Historia de las Doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda*, traducción de Ernesto Schop Santos, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, cap. I, pp. 54 y 55. John Law no entiende el proceso evolutivo de la formación de una institución social como es el dinero (oro y plata) y equipara equivocadamente que la moneda de papel puede hacer el mismo servicio y más barato que la misma moneda metálica. Law dice así: “He aquí el principal argumento en el que pretendo apoyarme. El oro y la plata son mercancías como las otras. La parte que ha sido empleada en convertirse en moneda ha estado siempre destinada a este uso y desde siempre también ha estado prohibido a los joyeros y orfebres comprar lises de oro o plata y usarlos en sus trabajos. Así toda esta parte ha sido extraída del comercio ordinario por una ley que tenía sus razones en el Gobierno antiguo, pero que es desventajosa en sí misma. Es como si se hubiera substraído una parte de las lanas o seadas que hay en el reino para convertirlas en signos de transacciones: ¿no sería más fácil que se las devolviera a sus usos naturales y que se aplicaran como signos de transacciones materias que por sí mismas no sirvieran para nada? Aun habría una mayor ventaja en estos signos aplicados a esta clase de amterias y es que nadie estaría nunca tentado de desviarlas de su verdadero uso que es el de circular”, John Law, *Lettres sur le Nouveau Système des Monnaies*, (Ed. Daire), p. 675, citado en Charles Rist, *Historia de las Doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda*, traducción de Ernesto Schop Santos, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, cap. I, p. 55.

que el mundo haya visto jamás”⁸⁸⁹. Las pérdidas derivadas de este fraude⁸⁹⁰ monumental fueron considerables y los daños de la inflación experimentada en ese ciclo económico provocado por el sistema de John Law queda en la memoria histórica de los franceses hoy en día.

El fraude de Richard Cantillon y la violación del depósito irregular de títulos-valores

El irlandés Richard Cantillon (cuyo nombre es de origen Español -Ricardo-) es un hombre de mundo, viajero, banquero en París hasta el año 1719. Su pensamiento es absolutamente opuesto al de John Law. Además, Richard Cantillon es una persona erudita y gran conocedora de la historia monetaria de Roma y Grecia como también del pensamiento económico desde John Locke hasta William Petty⁸⁹¹. Su libro titulado *Essai sur la nature du commerce en général* es una especie de antisistema de John Law en la cual sostiene una idea modesta respecto a las posibilidades de crédito. Cantillon sostiene que el billete de banco es un medio para hacer circular más deprisa la moneda. Asimismo este autor interpreta que el banquero debe estar siempre en disposición de reembolsar⁸⁹² y describe los procedimientos y prácticas para salvarse, como el caso del

⁸⁸⁹ Las citas de Dutot, Galiani, David Hume y Adam Smith se encuentran recogidas en Charles Rist, *Historia de las Doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda*, traducción de Ernesto Schop Santos, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, cap. I, pp. 37-38.

⁸⁹⁰ Véase la obra de Ferdinando Galiani *Della moneta*, edición original de Giuseppe Raimondi, Nápoles 1750, pp. 329-334 y también en James Steuart, *An Enquiry into the Principles of Political Oeconomy: Being an Essay on the Science of Domestic Policy in Free Nations*, publicado por A. Miller & T. Cadell in the Strand, Londres, 1767, vol. II, capítulos XXIII-XXXV, pp. 235-291. Para un estudio profundo y argumentado teóricamente en relación al sistema monetario, financiero y bancario en la Francia del siglo XVIII, véase el artículo de F.A. Hayek, “First Paper Money in Eighteenth Century France”, publicado por primera vez como capítulo X en el libro *The Trend of Economic Thinking: Essays on Political Economists and Economic History*, W.W. Bartley III y Stephen Kresge (eds.), vol. III de *The Collected Works of F.A. Hayek*, Routledge, Londres y Nueva York 1991, pp. 155-176; traducción española: *La tendencia del pensamiento económico*, Unión Editorial, Madrid, 1996. La mejor biografía de John Law es la de Antoin E. Murphy, *John Law: Economic Theorist and Policy Maker*, Clarendon Press, Oxford 1997.

⁸⁹¹ Charles Rist, *Historia de las Doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda*, traducción de Ernesto Schop Santos, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, cap. I, pp. 64-65.

⁸⁹² Richard Cantillon explica que “Si hay una gran corriente de depósitos y un gran crédito, esto aumenta la confianza que se tiene en sus billetes y hace que la gente se apresure menos a pedir el pago; pero esto no retarda el pago más que algunos días o semanas si se trata de personas que no tienen la costumbre de servirse de él y el banquero debe siempre regular sus operaciones entre aquellas que tienen la costumbre de confiarle su dinero: si sus billetes caen entre las manos de los del oficio, éstos tendrán gran prisa en retirar la plata”, Richard Cantillon, Henry Higgs (ed.), and William Stanley Jevons, *Essai sur la nature du commerce en général*, Macmillan, London, 1931, p. 302, obra citada en Charles Rist, *Historia de las*

Banco de Inglaterra durante las especulaciones de la Compañía del Mar del Sur⁸⁹³. Adicionalmente Richard Cantillon se opone a toda modificación del patrón monetario⁸⁹⁴ y, lo más importante, equipara la identidad del billete de banco y la inscripción en cuenta corriente⁸⁹⁵. Sin embargo, a diferencia de los más importantes teóricos monetarios -y banqueros- del siglo XVIII como John Law y Henry Thornton⁸⁹⁶, el afamado teórico y también banquero Richard Cantillon⁸⁹⁷ obtuvo unas relativas y jugosas ganancias en sus actividades financieras mediante la violación de la guarda y

Doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda, traducción de Ernesto Schop Santos, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, cap. I, p. 67.

⁸⁹³ Los procedimientos y prácticas usados para disimular su situación por el Banco de Inglaterra durante las especulaciones de la Compañía del Mar del Sur fueron -siguiendo a Cantillon- las siguientes: “Establecer varios encargados para contar la plata a los portadores de billetes; hacer contar grandes sumas en piezas de seis y doce sueldos para ganar tiempo, pagar algunas cantidades a los portadores de billetes particulares que estaban allí esperando días enteros para ser pagados a su vez; pero las sumas más considerables eran pagadas a amigos que por la noche las devolvían a escondidas para empezar la misma operación al día siguiente. De este modo, el Banco ofrecía seguridad y ganaba tiempo esperando que el descrédito se atenuara, pero cuando esto no era suficiente el Banco abría una suscripción para reunir a gentes solventes y acreditadas para garantizar grandes sumas y mantener el crédito y la circulación de los billetes de Banco. Fué por este último refinamiento que el crédito del Banco se mantuvo en 1720 cuando la caída de “Mar del Sur”, ya que en seguida que se supo entre el público que la suscripción había sido cubierta por hombres ricos y poderosos, se dejó de ir al Banco a retirar y se llevó otra vez ordinariamente los depósitos”, Richard Cantillon, Henry Higgs (ed.), and William Stanley Jevons, *Essai sur la nature du commerce en général*, Macmillan, London, 1931, pp. 318-319.

⁸⁹⁴ Charles Rist, *Historia de las Doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda*, traducción de Ernesto Schop Santos, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, cap. I, pp. 70-72.

⁸⁹⁵ Charles Rist, *Historia de las Doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda*, traducción de Ernesto Schop Santos, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, cap. I, pp. 68-70.

⁸⁹⁶ La banca de Thornton quebró una vez fallecido su fundador, en diciembre de 1825. Véase las pp. 34-36 de la “Introduction” de F.A. Hayek a la edición de la obra de Henry Thornton, *An Inquiry into the Nature and Effects of the Paper Credit of Great Britain*, originariamente publicada en 1802 y reeditada por Augustus M. Kelley, Fairfield 1978.

⁸⁹⁷ Lucas Beltrán expone en *Historia de las doctrinas económicas* que Richard Cantillon fue un personaje de vida misteriosa y aventurera. Nació en el año 1697 en Irlanda; no se conoce exactamente el lugar. Su familia pertenecía a la pequeña aristocracia y era de origen francés o español; éste se ha discutido, pero no ha podido aclararse. Se sabe que Richard Cantillon tuvo una casa de banca en París, que sus negocios le obligaban a trasladarse con frecuencia de esta ciudad a Londres, y a viajar a veces por España, y por los países que hoy integran los Estados de Italia, Suiza, Alemania, Holanda, y Bélgica; ganó una auténtica fortuna durante el “sistema” de Law mediante diversas operaciones especulativas si bien no creía en su sistema e incluso fue enemigo personal del mismo John Law. Su libro ha pasado aventuras no menos extraordinarias que las de su autor. Parece que éste lo que escribió primeramente en inglés, pero el manuscrito original se perdió sin haberse publicado, y hoy los desconocemos. Richard Cantillon escribió un libro titulado *Essai sur la nature du commerce en général*, que ha adquirido un renombre en la historia del pensamiento económico. Como se mencionará después, su muerte ha dado lugar a muchas opiniones, debates y especulaciones muy controvertidas. Véase para más información el resumen biográfico efectuado por Lucas Beltrán, *Historia de las doctrinas económicas*, Editorial Teide, Barcelona, 1961, cap. VI, pp. 71-74, y especialmente las páginas 71-72. A.E. Murphy señala, además, que Law y Cantillon comparten el dudoso “mérito” de ser de los únicos economistas que, junto con Antoine de Montchrétien, fueron acusados de asesinato y de todo tipo de otras fechorías. Igualmente, para más información, véase A.E. Murphy, *Richard Cantillon: Entrepreneur and Economist*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 237.

custodia del *tantundem* de los depósitos irregulares de títulos-valores de sus clientes⁸⁹⁸. Lamentablemente, Cantillón violó el contrato jurídico de depósito irregular de títulos-valores de la Compañía comercial del Mississippi, previamente fundada por John Law. El fraude organizado por Richard Cantillon consistió de la siguiente forma: éste concedió una línea de créditos para que sus clientes compraran acciones de la citada sociedad, con la única condición de que quedarán depositadas en el banco de Cantillon como colateral en forma de depósito irregular de títulos-valores de modo indistinguible y sin numeración. Acto seguido Cantillon se apropió indebidamente de las acciones depositadas, vendiendo cuando el valor nominal de las acciones alcanzaba un precio alto y comprando cuando el valor nominal de las acciones se desplomara, obteniendo suculentos beneficios en ambas operaciones sin el conocimiento de sus clientes. Incluso, Richard Cantillon tuvo la desfachatez de ejecutar los préstamos que había concedido a sus clientes los cuales no fueron devueltos pues el precio de las acciones era ridículo y prácticamente nulo.

Es lógico que Richard Cantillon fuera objeto de múltiples demandas civiles y denuncias criminales por lo que tuvo que emigrar a Inglaterra y escapar de Francia súbitamente. La defensa de Richard Cantillon fue desarrollada en los mismos términos empleados por algunos tratadistas en la Edad Media con el objetivo fundamental de equiparar el contrato jurídico de depósito irregular con el contrato jurídico de préstamo. Este teórico basó su defensa en el hecho de que el bien fungible depositado, esto es, los títulos de la Compañía del Mississippi eran acciones (valores) sin numerar y, en realidad, el contrato jurídico pactado no era un contrato de depósito irregular sino un contrato de préstamo que permitía la traslación de la disponibilidad y propiedad de las acciones hacia el depositario. Aunque Richard Cantillón estuviera íntimamente convencido de su buena

⁸⁹⁸ Jesús Huerta de Soto señala que Richard Cantillon afirmó que la práctica de la actividad de la banca comercial puede llevarse a cabo con “seguridad” manteniendo un coeficiente de caja de reserva fraccionaria de tan sólo el diez por ciento: “Dans ce premier exemple la caisse d’un Banquier ne fait que la dixième partie de son commerce”, Richard Cantillon, *Essai sur la nature du commerce en général*, publicado (anónima y falsamente) en Londres, Fletcher Gyles en Holborn, 1755, p. 400. Además el profesor Huerta de Soto se sorprende que Murray N. Rothbard no haya mencionado este dato en su estudio sobre Richard Cantillon. Véase Murray N. Rothbard, *An Austrian Perspective on the History of Economic Thought*, vol. I: *Economic Thought before Adam Smith*, Edward Elgar, Aldershot 1995, pp. 345-362 (traducción española, Murray N. Rothbard, *Historia del Pensamiento Económico*, vol. I, Unión Editorial, Madrid, 1999, cap. XII, pp. 385-403), todo ello citado en Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. II, pp. 91-92.

actuación, es obvio que no respetó la naturaleza jurídica del contrato de depósito irregular de títulos-valores con la obligación de mantener la disponibilidad y custodia del *tantundem* en favor del depositante lo que exige un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien en todo momento. A este respecto F.A. Hayek apunta el proceso por el cual Richard Cantillon justificó tal operación: “his point of view was, as he later explained, that the shares given to him, since their numbers had not been registered, were not a genuine deposit, but rather —as one would say today— a block deposit so that none of his customers had claim to specific securities. The firm actually made an extraordinary profit in this way, since it could buy back at reduced prices the shares sold at high prices, and meanwhile the capital, for which they were charging high interest, lost nothing at all but rather was saved and invested in pounds. When Cantillon, who had partially made these advances in his own name, asked for repayments of the loans from the speculators, who had suffered great losses, and finally took them to court, the latter demanded that the profits obtained by Cantillon and the firm from their shares be credited against these advances. They in turn took Cantillon to court in London and Paris, charging fraud and usury. By presenting to the courts correspondence between Cantillon and the firm, they averred that the entire transaction was carried out under Cantillon’s immediate direction and that he therefore bore personal responsibility”⁸⁹⁹. Por último, y no menos interesante, se ha de aclarar la extraña muerte de Richard Cantillon y las diferentes versiones ofrecidas. La versión más extendida considera que este autor fue asesinado en su caso de Londres en el año 1734, tras muchos años de pleitos, arrestos y amenazas constantes de ir a la cárcel. Según la versión oficial, Richard Cantillon fue asesinado y su cuerpo quemado por un excocinero de su casa que le mató para robarlo aunque también existe la hipótesis de que su asesinato fuera promovido por alguno de sus acreedores e incluso que todo fuera un mero montaje del propio Cantillon para quitarse de en medio y evitar tantos años de pleitos, querellas, demandas y otros problemas⁹⁰⁰. En el capítulo siguiente se analizará cómo la violación

⁸⁹⁹ F.A. Hayek, *Richard Cantillon (1680-1734)*, cap. XIII en el libro *The Trend of Economic Thinking: Essays on Political Economists and Economic History*, W.W. Bartley III y Stephen Kresge (eds.), vol. III de *The Collected Works of F.A. Hayek*, Routledge, Londres y Nueva York 1991, pp. 245-293, y especialmente la p. 284.

⁹⁰⁰ Antoin E. Murphy, *Richard Cantillon: Entrepreneur and Economist*, Clarendon Press, Oxford 1986, pp. 209 y 291-297. Murphy presenta en apoyo de esta última tesis los siguientes hechos: 1) que Cantillon liquidó gran parte de su fortuna justamente el día antes del atentado; 2) que el cadáver fue quemado hasta

del elemento de guarda y custodia del *tantundem* respecto a los contratos jurídicos de depósito irregular de dinero y de títulos-valores son enormemente perjudiciales desde un punto de vista jurídico⁹⁰¹ y ético y producen todos los problemas económicos de crisis financieras y recesiones económicas experimentadas históricamente hasta hoy en día.

hacerlo irreconocible; 3) la incomprensible y displicente actitud de sus familiares después del atentado; y 4) el extraño comportamiento del inculpado, que nunca encajó con la forma de actuar del típico asesino.

⁹⁰¹ Richard Cantillon inauguró el delito de apropiación indebida de títulos en relación al contrato de depósito irregular de valores del mismo modo que se produjera la quiebra del Banco de Barcelona en el siglo XX. Véase para más información el libro *La cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana: su repercusión en el crédito y en la economía, su calificación jurídica en el ámbito del derecho penal, civil y mercantil positivos españoles según los dictámenes emitidos por los letrados señores Rodríguez Sastre, Garrigues, Sánchez Román, Goicoechea, Miñana y Clemente de Diego, seguidos de un estudio sobre la cuenta de efectos y el mercado libre de valores de Barcelona por D. Agustín Peláez, Síndico Presidente de la Bolsa de Madrid*, publicado en Madrid en el año 1936 por la imprenta Delgado Sáez.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DOCTRINA JURÍDICA DE LA BANCA CON
RESERVA FRACCIONARIA

1

INTRODUCCIÓN

Este capítulo estudiará cuáles han sido los intentos de fundamentación jurídica para justificar la banca con reserva fraccionaria. Del mismo modo, se discutirá cómo la desnaturalización del contrato de depósito irregular de dinero ha provocado que muchos depositarios -los banqueros especialmente- se hayan apropiado del dinero depositado a la vista desde los albores de la actividad bancaria. Sin embargo, los principios tradicionales, universales y generales del derecho han permitido dibujar la esencia del contenido de este contrato jurídico tanto desde un punto de vista teórico (capítulo I) como desde un punto de vista histórico (capítulo II) claramente. No obstante, la acción humana se ha visto desprotegida de un sistema institucional que preservara el derecho de propiedad que toda economía de mercado o sistema capitalista requiere para funcionar en un sistema bancario sano y legítimo, es decir, el respeto escrupuloso de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien para la emisión de depósitos a la vista y sus equivalentes. Así, en mayor o menor medida, la doctrina jurídica mayoritaria sigue justificando la apropiación del dinero depositado a la vista para favorecer las diferentes circunstancias concretas en cada período histórico correspondiente. Los banqueros, juristas y teóricos en general han visto cómo un sistema financiero basado en un coeficiente de caja de reserva fraccionaria permitía cometer los pecados veniales -y mortales- que tanto han hecho sufrir al ser humano: la avaricia de los hombres, la intervención de las autoridades gubernativas, la financiación de los gobiernos para costear guerras, genocidios, compra de votos públicos y, sobre todo, y principalmente, debido a la confusión creada por el *depositum confessatum* y la prohibición canónica del interés desde la Edad Media. La tentación de todas estas prácticas provocó que muchos teóricos justifiquen el ejercicio de una banca basada en

un coeficiente de caja de reserva fraccionaria jurídicamente. Las diferentes autoridades gubernativas han descubierto el maná para financiar todos sus objetivos políticos y, como suele ocurrir en muchas ocasiones, el apoyo teórico de los “intelectuales”⁹⁰² para justificar un sistema bancario con un coeficiente de caja no se hizo esperar. Los intereses de la banca y el gobierno -en cualquiera de sus formas políticas- apoyaron las vías para establecer un sistema bancario de reserva fraccionaria. En este sentido, la afirmación de Shepard B. Clough no es suficiente pues afirma que “*los orfebres llegaron a prestar, incluso, el dinero que les había sido entregado para su guarda, partiendo de la teoría y de la experiencia de que sólo necesitaban disponer en todo momento de las cantidades con que satisfacer las demandas esperadas o corrientes de sus depositantes*”. Estas costumbres les llevaron, por lo menos en el curso del siglo XVII, a extender ‘promesas de pago’, es decir, ‘billetes de orfebre’ que, como los billetes de banco actuales, circulaban de mano en mano. *Estas ‘promesas de pago’, que se satisfacían echando mano de los depósitos de los clientes, llegaron en realidad a sobrepasar la suma del dinero depositado*. Con esto se creó el crédito por emisión de papel, un *descubrimiento de alta transcendencia*”⁹⁰³.

Tal y como Shepard B. Clough concluye en las páginas 214-215 de su libro *La evolución económica de la civilización occidental*, el acto de apropiación del dinero

⁹⁰² Véanse las siguientes obras: Bertrand de Jouvenel, “Los intelectuales europeos y el capitalismo” en *Lecturas de Economía Política*, volumen II, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2008, pp. 109-125 y F.A. Hayek, “Historia y Política” en *La tendencia del pensamiento económico*, vol. III de *Obras Completas de F.A. Hayek*, traducción de Eduardo L. Suárez, Unión Editorial, Madrid, 1995, primera parte, capítulo IV, pp. 53-70.

⁹⁰³ Shepard B. Clough, *La evolución económica de la civilización occidental*, segunda edición, traducción Francisco Payarols, Ediciones Omega, Barcelona, 1970, p. 127 (las cursivas son mías). Igualmente, Shepard B. Clough subraya posteriormente en la página 214 que “los ofebres venían efectuando por su parte operaciones bancarias y de préstamo; ahora, con las nuevas cantidades puesta a su disposición, se encontraron con una oportunidad para ampliarlas. [...] La más importante de las formas primitivas de circulación fiduciaria fueron los “billetes de orfebres”. Estos billetes se entregaban al depositante en lugar de dinero en el momento de retirar los fondos, se emitían bajo diferentes nombres y eran, en esencia, promesas de los orfebres de pagar al portador, a la vista, una determinada cantidad de dinero efectivo. Con el tiempo estos billetes reemplazaron a los recibos de depósitos, porque resultaban más cómodos, y asumieron una posición importante como medios de cambio. *Pronto los ingeniosos orfebres se dieron cuenta de que podían extender billetes por valor de un alto porcentaje de sus depósitos, así como prestar una buena parte de ellos, con lo cual aumentaba la suma de dinero por la que percibirían interés*. La experiencia les demostró que una reserva de dinero amonedado o de metal en barras de un 20 a un 30 por ciento de los billetes que tenían en circulación bastaba para cubrir las demandas de efectivo de sus depositantes”, Shepard B. Clough, *La evolución económica de la civilización occidental*, segunda edición, traducción Francisco Payarols, Ediciones Omega, Barcelona, 1970, pp. 214-215, (las cursivas son mías).

depositado o la emisión de certificados de depósito por un volumen superior al dinero originariamente depositado constituye la base del tipo penal de apropiación indebida que ha sido estudiado *in extenso* en el capítulo I de este trabajo. Precisamente, la labor doctrinal, jurídica y teórica ha sido dirigida para justificar la legitimación de este acto delictivo, es decir, la apropiación del dinero depositado a la vista. Los intentos de fundamentación jurídica del contrato de depósito irregular de dinero con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria han sido protagonizados, siguiendo al profesor Jesús Huerta de Soto, por dos grandes grupos doctrinales. Un primer grupo está compuesto por aquellos teóricos que procuran la identificación doctrinal del contrato de depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo a nivel paritario si bien tal identificación, como se observará, es imposible e inviable según los principios generales del derecho. Otro segundo grupo doctrinal sostiene que la identificación doctrinal y jurídica entre el contrato de depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo adolece de ciertas diferencias de grado, por lo que los miembros pertenecientes a este grupo doctrinal han incorporado una nueva característica especial en torno a un nuevo concepto de “disponibilidad”. En efecto, los teóricos de este segundo grupo configuran un nuevo concepto de disponibilidad en el contrato jurídico de depósito irregular de dinero en sentido laxo mediante cual el *tantundem* será gestionado de forma prudente por el banquero. De igual modo que en el grupo anterior, este segundo grupo no identifica correctamente las diferencias insalvables y existentes entre el contrato de depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo. Por último, en este mismo capítulo, se efectuará algunas consideraciones complementarias de tipo jurídico y económico en relación a ciertas figuras contractuales y simuladoras de contratos de depósito de dinero a la vista así como también un estudio detenido entre los sistemas bancarios basados en un coeficiente de caja de reserva fraccionaria y, por el contrario, en un coeficiente de caja del cien por cien.

Diferencias esenciales jurídicas entre el contrato de depósito irregular y el contrato de préstamo según el Derecho romano

De acuerdo con algunos autores⁹⁰⁴, el término *depositum irregulare* fue totalmente desconocido en el Derecho romano. Estos teóricos aducen el nacimiento de tal contrato jurídico en la expresión utilizada por primera vez en un postglosador del siglo XV, *Jasón de Maino*. Naturalmente, esto no significa que esta figura jurídica llamada depósito irregular no fuera conocida por aquel entonces sino, todo lo contrario, fue estudiada y configurada convenientemente en las fuentes jurídicas estudiadas en el capítulo I. Como ocurre con la formación de cualquier institución jurídica, el contrato de depósito fue perdiendo su esencia inicial a lo largo de generaciones y generaciones por lo que se admitió ciertas modificaciones en las figuras contractuales típicas. No obstante, sin perder su naturaleza propia y característica, la ordenación jurídica reconoció y admitió este contrato jurídico utilizado para facilitar la vida económica y adaptarse a las nuevas circunstancias. En efecto, este proceso jurídico ocurrió con la figura jurídica del contrato de depósito al admitirse la posibilidad de entregar sumas de monedas en su conjunto y no aquellas depositadas *in individuo*. Por su carácter fundamental, el contrato de depósito irregular de dinero es un depósito puesto que lo que en esencia se quiere no es sino poner nuestro dinero bajo la custodia ajena para su mayor seguridad⁹⁰⁵. El Derecho romano separó las diferencias irreconciliables entre el contrato de depósito irregular y el contrato de préstamo y, por lo tanto, su imposible identificación. Las diferencias señaladas por algunos autores⁹⁰⁶ son las siguientes:

⁹⁰⁴ Joaquín Garrigues, “El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 1932, número 87, p. 172.

⁹⁰⁵ Joaquín Garrigues, “El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 1932, número 87, p. 172.

⁹⁰⁶ Véase la obra de Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, París, 1918, p. 541. Para más información, ver las obras clásicas germanas de Karl Adolph von Vangerow, Heinrich Dernburg y Bernhard Windscheid, Joaquín Garrigues, “El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 1932, número 87, p. 173, nota a pie de página número 2.

- a) En primer lugar, la intención de los contratantes es fundamentalmente distinta: el mutuo se pacta en interés del mutuario (*accipiens*), y el depósito, y, por tanto el depósito irregular, en interés del depositante (*tradens*) con el objetivo de trasladar la labor de guarda y custodia de una suma de dinero la cual, sin embargo, queda siempre a su disposición en manos del depositario (mera tenencia física).
- b) La función económica es también diversa, puesto que un depositante entrega una cantidad de fondos fungibles o monetarios a un depositario, en vez de ser un préstamo de una suma monetaria de un prestamista hacia un particular.
- c) El mutuo es, por excepción entre los contratos reales, un *negotium stricti juris*; por el contrario, el depósito es un *negotium bonae fidei*⁹⁰⁷.

La fundamentación jurídica y ética del contrato de depósito irregular de dinero posterior al Derecho romano: los glosadores y la doctrina italiana medieval

Este epígrafe dedicado al estudio acerca del contrato de depósito irregular en la doctrina medieval sigue al reconocido jurista Pasquale Coppo-Zuccari principalmente. La doctrina medieval no ha desarrollado una base jurídica común para el establecimiento definitivo del contrato jurídico del depósito irregular. Las posiciones encontradas no son unánimes y aducen grandes motivos de discrepancia entre los diferentes juristas y tratadistas de la época. Muchos teóricos niegan la esencia del contrato de depósito irregular mientras que otra parte de la doctrina defiende la existencia de tal figura aunque no intenta mantener su naturaleza jurídica propia, debatiendo sobre temas menores que distraen y desvirtúan su configuración tradicional e histórica. Joaquín Garrigues lo destaca del siguiente modo: “Simultáneamente a los denegadores de la sustantividad de la figura jurídica que estudiamos, se dan, en el período a que nos referimos, ardientes defensores, los cuales, sin embargo, no se preocupan siempre de conservarla en su pureza, sino que con frecuencia se abandonan en disquisiciones que la particularizan y deforman”⁹⁰⁸. En concreto, los glosadores más sobresalientes que

⁹⁰⁷ Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, París, 1918, pp. 442 y 447.

⁹⁰⁸ Joaquín Garrigues, “El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 1932, número 88, p. 256.

estudiaron la figura del contrato jurídico del depósito irregular de dinero fueron Portius Azo y Francesco Accurzio. Estos dos teóricos aceptan la existencia de la figura del contrato de depósito irregular -sin denominarlo así directamente- aunque lo interpretan y comprenden de modo diverso. Así, Portius Azo admite la figura jurídica de este tipo de depósito, que estima “*contra notissimos terminos depositi*” a todas los bienes o cosas fungibles, habilitando la capacidad de transferir la propiedad de la cosa o bien fungible al depositario sin desnaturalizar el depósito, ya sea mediante convención tácita como también aquella establecida expresamente. Por su parte, Francesco Accurzio discrepa de este último autor pues entiende que si el *ius utendi* viene concendido al depositario de modo expreso, el contrato se transforma en mutuo y sólo la concesión tácita es compatible con la naturaleza del depósito. En este sentido, para que el depósito de bienes fungibles o de dinero con pacto expreso de *ius utendi* no se transforme en un contrato de mutuo o préstamo, es preciso que las partes contraten *ut depositum sit, ut ex deposito prima obligatio duret*. La capacidad de otorgar a la voluntad de las partes fuerza generadora del tipo de contrato es acogido con bastante amplitud en la doctrina medieval sobre el depósito y extiende los principios y los *privilegia depositi* a contratos que, no siendo de depósito, se regulan como tales por la denominación impuesta por las partes. A diferencia de Portius Azo, Francesco Accurzio admite las consecuencias lógicas del *ius utendi*, esto es, la traslación de la propiedad de la cosa o bien fungible al depositario⁹⁰⁹. La doctrina italiana acerca del tratamiento jurídico del depósito irregular de los primeros postglosadores sigue la posición de Accurzio casi en su totalidad. De este modo, el *propositum contrahentium* de Odofredo Denari y Baldo degli Ubaldi tiene el mismo carácter decisivo atribuido por Accurzio y, en la misma línea, se puede agrupar a teóricos como Salycetus, Alexander Tartagaus, Franciscus de Accoltis y Angelus de Ubaldis, todos ellos admiten la posibilidad de la traslación de la propiedad del dinero depositado al depositario, naturalmente, sin que el depósito se transforme en mutuo⁹¹⁰. Paolo de Castro realiza una matización a la postura defendida por Accurzio ya que éste último sostiene que ha de prevalecer el contrato de mutuo sobre el depósito en caso de silencio de las partes. De Castro apunta que se necesita una declaración expresa

⁹⁰⁹ Joaquín Garrigues, “El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 1932, números 88 y 89, pp. 256 y 321 respectivamente.

⁹¹⁰ Joaquín Garrigues, “El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 1932, número 89, p. 322.

de las partes para que el depósito de cosa fungible no se transforme en mutuo, aún tratándose de dinero. La disputa entre los glosadores y Paolo de Castro respecto a la glosa es importante; para los postglosadores, el hecho del dinero depositado, no individualizado, autoriza al depositario a utilizarlo, permaneciendo el contrato de depósito en todo caso. Por contra, Paolo de Castro subraya que el contrato se transformaría en mutuo si las partes no declaran contratar un depósito expresamente. Esta postura retrotrae a la figura del *depositum confessatum* expuesta en el capítulo II de este trabajo y que merece ser señalado de nuevo aquí. Así es, el expediente del *depositum confessatum*⁹¹¹ fue el instrumento apropiado para camuflar contratos de préstamos en forma de depósitos confesados como también una práctica que la mayoría de la doctrina utiliza para no identificar la verdadera naturaleza jurídica del contrato de depósito irregular, a saber, la existencia de un depósito irregular -manteniendo su esencia de depósito- que no traslada la propiedad ni posesión de la cosa o bien fungible sino simplemente su mera traslación o detención física al depositario con la obligación de restituir el *tantundem* en cualquier momento solicitado a petición del depositante.

Ciertamente, hay algunos juristas que no reconocen y de hecho niegan el carácter de depósito al contrato de depósito irregular, identificándole con el contrato de mutuo o préstamo. En este sentido, es reseñable destacar las posiciones de autores como Ludovico Pontano o, también, Bártolo de Sassoferrato el cual desarrolla su argumentación mediante las siguientes palabras: “*Quandocumque ab initio agitur ut aliud reddatur, tunc si quidem agitur, ut reddatur aliud in specie sed idem in genere, est mutuum*”. En la misma línea, negando la naturaleza del depósito del contrato del depósito irregular, hay teóricos del derecho como Iulius Pacius de Beriga o, por ejemplo, Philippus Decius que manifiesta que la transmisión de la propiedad en el

⁹¹¹ A este respecto, Joaquín Garrigues expone cuál es el problema que encierra el depósito irregular y el mutuo en la edad media de la siguiente manera: “La divisoria entre el depósito irregular y el mutuo [...] no encerraba sólo interés doctrinal. La práctica jurídica, con su exacto sentido de lo real, había comprendido que los fines económicos, realizables por medio del contrato de mutuo, podían conseguirse más ventajosamente por medio de aquel contrato intitulado depósito irregular. Debiendo optar entre dar el dinero a mutuo o en depósito, prefería esta última forma, fuera para salvar las disposiciones de la iglesia sobre la usura o porque al depósito eran concedidos privilegios no reconocidos al mutuo. De aquí el interés en determinar si los *privilegia depositi* deben o no extenderse al depósito irregular o si es o no compatible con la naturaleza del depósito el pacto de intereses”, Joaquín Garrigues, “El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 1932, número 89, p. 323.

contrato de depósito irregular origina un mutuo inevitablemente, sin que la declaración de las partes tenga eficacia para mudar la índole del contrato. Sin embargo, en una posición totalmente contraria, hay un grupo de teóricos y juristas medievales que afirman la existencia de un contrato de depósito irregular. Jasón de Maino realiza una profunda disertación en torno a la figura del depósito irregular y es considerado como el primer tratadista que utiliza la denominación del *depositum irregolare*. Este autor añade que el depósito irregular existe no sólo en el caso del *depositum confessatum*, sino también si *pecunia est deposita ad numerum*. También Andrea Alciato, jurista medieval, afirma que es indiferente que se trate de un depósito o de un contrato diverso, *confesado* como depósito. En ambos casos, el contrato tendrá los mismos privilegios correspondientes al verdadero depósito. Además, el principio de que el dinero y, en general, todas las cosas fungibles depositadas en forma no individualizada, pasan a la propiedad del depositario, es resueltamente negado por el jurista Gerolamo Bottigella el cual sostiene que “*Depositio sola ad numerum non facit dominium transferri*”. Muchos juristas han corroborado la legitimidad del depósito irregular como el propio Gerolamo Bottigella, Rolandus a Valle y Francesco Mantica, los cuales corroboran ser *communis opinio doctorum* ya que los *privilegia depositi* deben extenderse al depósito irregular también⁹¹².

La doctrina italiana moderna: Pasquale Coppa-Zuccari, Tito Caraffa e Isidoro La Lumia

La doctrina italiana moderna ha discutido cuál es la función del elemento de la custodia en un depósito de dinero a la vista y han reflexionado acerca de la supuesta y difícil incorporación del elemento de la custodia en el depósito irregular. Así es, algunos autores identifican erróneamente el depósito de bienes fungibles o de dinero y el contrato de préstamo por lo que entienden que el depositario adquiere la propiedad de la cosa y el elemento de la custodia desaparece⁹¹³, con una obligación de restituir otro tanto de la misma calidad y cantidad. De modo impreciso, y sin otorgar el valor estricto y

⁹¹² Joaquín Garrigues, “El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 1932, número 89, pp. 322-324.

⁹¹³ Como se ha observado en otro apartado, no cabe custodia de cosa propia.

suficiente al elemento de custodia de todo depósito -irregular incluido-, el jurista italiano Ercole Vidari⁹¹⁴ critica una sentencia comentada por él mismo al afirmar que el depósito irregular obliga al depositario a cumplir la obligación de custodia. Vidari sostiene: “Esto es sólo verdad en el depósito regular...En el depósito irregular, por el contrario, máxime en el depósito de dinero, el depositario no asume la obligación de custodia, porque la propiedad de la cosa recibida en depósito se hace suya y él no se obliga a restituir aquella misma, sino únicamente otro tanto de ella; ahora bien, el depositario no puede ser custodia de sí mismo”. Por consiguiente, el conflicto del elemento de custodia en el depósito irregular de bienes fungibles tiene dos posibles vías. En primer lugar, el elemento de custodia puede comprender la transmisión de la propiedad del bien fungible hacia el depositario por lo que la obligación de custodia desaparece -nadie es custodio de sus propias cosas- y éste sólo tiene una obligación de restituir una suma de dinero. O, en segundo lugar, el elemento de custodia adquiere un significado más completo y ortodoxo, a saber, la obligación de tener siempre a disposición del depositante otro tanto de la misma calidad y cantidad a la recibida (Pasquale Coppa-Zuccari, Tito Caraffa) o, en una posición mucho más laxa, el elemento de custodia permite emplear las cantidades recibidas en depósito de manera prudente y líquida para estar siempre en situación de restituir los bienes fungibles depositados en el momento en que sean reclamadas por el depositante (Isidoro La Lumia). En este sentido, a pesar del alcance limitado que Ercole Vidari otorga al concepto del elemento de custodia, se pasará a analizar la propuesta de este último grupo de juristas y teóricos italianos que indican que el elemento de custodia subsiste en todo depósito irregular y, naturalmente, en su versión más común, en el propio depósito bancario de dinero a la vista.

Pasquale Coppa-Zuccari desarrolla el elemento de custodia en el depósito irregular del convenientemente en su libro *Il deposito irregolare*⁹¹⁵. Coppa-Zuccari subraya que el depositario es obligado a que no se pierdan o se deterioren la cosa depositada. Por contra, en relación con las cosas fungibles, el elemento de custodia se materializa en

⁹¹⁴ Ercole Vidari, *Diritto commerciale*, 1896, pp. 347 y ss. Véase nota a la sentencia de la Audiencia de Venecia de 7 de Febrero de 1896.

⁹¹⁵ Pasquale Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, Módena, 1901, p. 95

tener siempre a disposición la misma cantidad y calidad a favor del depositante. Por consiguiente, la disposición de mantener otro tanto de igual cantidad y calidad en el caso del depósito irregular de bienes fungibles, equivale, por tanto, a la existencia de la cosa *in individuo* para las cosas infungibles en el caso del depósito regular. Tal equivalencia concuerda con la naturaleza de las cosas fungibles, las cuales *in genere suo functionem in solutione recipiunt magis quam specie*⁹¹⁶. Así, el depositario debe cumplir la obligación de la custodia y, por tanto, mantener a disposición del depositante *tantundem eiusdem generis et qualitatis* en el supuesto de un depósito irregular. Por otra parte, el jurista italiano Tito Caraffa⁹¹⁷ parece compartir la opinión de su colega Pasqual Coppa-Zuccari. Este autor entiende que el depositario debe cumplir la obligación de la custodia con el requerimiento de disponer una cantidad igual a aquella recibida al depositante en el caso del depósito de cosa fungible continuamente. La disposición de tener otras tantas cosas equivalentes a las que han sido depositadas en el caso del depósito irregular de bienes fungibles, corresponde a la existencia de la cosa misma *in individuo* requerida en el depósito de bienes no fungibles o depósito regular. Por tanto, el depositario se obliga a efectuar la continua custodia del dinero depositado, manteniendo una plena disponibilidad de una suma monetaria idéntica a favor del depositante en el momento que sea solicitado por el mismo. *Si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, sic ut neque clausam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita, esset, nisi tantundem pecuniae solveret*⁹¹⁸. Por último, el jurista Isidoro La Lumia⁹¹⁹ identifica el elemento de custodia de un modo mucho más laxo y flexible. Este autor subraya que la obligación de custodia de exigir la conservación del *tantundem* materialmente a disposición del depositante es un error. Según este autor, el depositario no está obligado a mantener el *tantundem* o suma depositada en su poder en todo momento, por contra debe emplearla de manera prudente y líquida con la condición de resituirla en el momento en que sea solicitada. Así, el banco sólo tiene la necesidad de mantener en sus cajas el dinero

⁹¹⁶ Joaquín Garrigues, “El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 1932, número 91, p. 488.

⁹¹⁷ Tito Caraffa, “Deposito” en *Il Digesto Italiano*, volumen IX, segunda parte, Utet, Torino, 1898-1901, p. 125.

⁹¹⁸ Joaquín Garrigues, “El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 1932, número 91, p. 488.

⁹¹⁹ Isidoro La Lumia, *I depositi bancari*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1913, p. 106.

suficiente para ser capaz de responder frente a las demandas de los depósitos solicitados por los depositantes. Como se observa, el elemento de custodia en Isidoro La Lumia es menos ortodoxo y estricto por lo que difiere de las posturas expuestas por los dos autores citados anteriormente.

Las diferentes clases de depósitos según Isidoro La Lumia

El jurista Isidoro La Lumia ha discutido acerca de la naturaleza jurídica del contrato de depósito irregular y, por tanto, dilucidar si el establecimiento de un plazo o término obligatorio de restitución es incompatible con el depósito irregular. De acuerdo con La Lumia⁹²⁰, hay dos tipos de depósitos: por un lado, los depósitos a la vista y a un breve preaviso o depósitos bancarios *strictu sensu*, y, por otro lado, los depósitos a largo preaviso y a plazo fijo. El primer tipo de clasificación (depósitos a vista y a breve preaviso) son depósitos irregulares completamente. En efecto, este jurista entiende que el fin o motivo principal es la seguridad si bien admite, en ocasiones, algún interés con carácter accidental y siempre insignificante. Para este jurista, la causa principal del negocio es la custodia, en el sentido de empleo prudente y líquido de las sumas depositadas, de modo tal que la disponibilidad y la restitución del *tantundem* del depositante quede garantizada en cualquier momento. Por el contrario, La Lumia distingue un segundo grupo de depósitos (depósito a largo preaviso y a plazo fijo). Este tipo de depósitos buscan un rendimiento económico duradero para aquellos bienes de capital sin utilizar. Estos tipos de depósitos son auténticos *mutui fruttiferi* y, por lo tanto, no tienen como objetivo librarse de la carga y los riesgos de la custodia a cargo de un banquero-depositario, a pesar de que éste disfrute de una amplia facultad de uso y, al mismo tiempo, garantice la permanente disponibilidad del dinero. Así es, el depositante a largo preaviso y a plazo fijo establece un término de restitución más ciertas ventajas o condiciones estipuladas, por lo que añade una tasa de interés relativamente elevada según el plazo establecido. Como ya se ha explicado de modo previo, hay una serie de características económicas y jurídicas entre el contrato de depósito irregular y el contrato de préstamo o mutuo que diferencian ambos contratos jurídicos claramente. De modo desafortunado, Isidoro La Lumia no siguió los argumentos expuestos por los

⁹²⁰ Isidoro La Lumia, *I depositi bancari*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1913, p. 110.

juristas Tito Caraffa y Pasquale Coppa-Zuccari los cuales identifican que el depósito a la vista requiere la plena disponibilidad del *tantundem* en cualquier momento reclamado por el depositante, lo que exige, en términos bancarios, el mantenimiento de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien.

3

LA IMPOSIBLE EQUIPARACIÓN DEL CONTRATO DE DEPÓSITO IRREGULAR DE DINERO CON EL CONTRATO DE PRÉSTAMO

Los errores fundamentales y motivos históricos para una desnaturalización de la figura del contrato de depósito irregular de dinero

Los banqueros y gobernantes han sido los primeros beneficiados en identificar el contrato de depósito irregular de dinero con el contrato de préstamo jurídicamente. En efecto, como se ha visto en el capítulo I de este trabajo, el contrato de préstamo tiene ciertas características elementales respecto del contrato de depósito, a saber, el primero comprende la traslación de la propiedad y disponibilidad del *tantundem* a favor del prestatario durante el plazo de tiempo estipulado. Sin embargo, esta práctica financiera es realizada por los banqueros constantemente cuando se apropian del dinero depositado a la vista. El poder político ha legitimado este acto delictivo de apropiación indebida para aprovecharse convenientemente y así poder costear financieramente sus objetivos políticos en cada momento histórico determinado. El acto de traslación de la propiedad comprende esferas muy diferentes entre el contrato de depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo. El contrato de depósito irregular de bienes fungibles -o de dinero- requiere un traslado físico del objeto que se deposita indistinguiblemente entre el resto de los bienes fungibles, por lo que se presume erróneamente que estos dos contratos jurídicos (depósito irregular y préstamo) conllevan una transferencia de la propiedad y son instituciones jurídicas similares. Aunque ambas instituciones jurídicas exigen la traslación física de la propiedad, el depósito irregular de dinero y el préstamo tienen alcances muy diferentes tal y como se ha visto en el epígrafe en torno a la supuesta traslación de la propiedad en el capítulo I de este trabajo. Así es, a pesar de existir una traslación *física* de la propiedad, el contrato de depósito irregular no pierde su elemento esencial y propio, a saber, la guarda, custodia y disponibilidad que todo depositante de

un bien fungible o dinero posee. Por contra, el contrato de préstamo pierde la disponibilidad y el pleno dominio del *tantundem* del bien prestado a favor del prestatario. De este modo, si bien se puede admitir en términos objetivos que haya una traslación espacial o física del bien depositado en ambos contratos jurídicos, el contenido esencial del contrato de depósito irregular de dinero es la guarda, custodia y disponibilidad del *tantundem* a favor del depositante, características que desaparecen por completo en el contrato jurídico de préstamo. Desde un primer momento, los juristas procuraron identificar el contrato de depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo a nivel paritario, obviando las diferencias clamorosas existentes entre ambos contratos. La prueba histórica de una noción del concepto de depósito ha estado presente desde la propia configuración inicial de este contrato jurídico aunque se haya visto desprovista de sus elementos más esenciales a lo largo del tiempo. La noción y la esencia del contrato jurídico de depósito han sido descritas por personajes tan prominentes desde San Agustín⁹²¹ hasta destacados miembros de la Escuela de Salamanca como Cristóbal de Villalón⁹²².

De todas formas, no es hasta la prohibición canónica de la usura cuando la figura del *depositum confessatum* aparece como contrato “jurídico” e influye en la desconstrucción del contrato de depósito irregular de dinero muy negativamente. Como ya se ha visto en el inicio de este trabajo, el derecho romano reconocía el pago de intereses en el caso en el cual el depositario se viera impedido a restituir los bienes fungibles o dinero en el momento preciso, violando la fundamentación jurídica de la guarda y custodia del *tantundem* propia del contrato de depósito irregular. Además, el depositante, aparte de disponer de otro tipo de acciones de tipo penal y civil, disponía de

⁹²¹ San Agustín de Hipona (354 d.C. - 430 d.C.) expuso una noción de depósito -no de bienes fungibles- pero sí mediante una analogía de las imágenes grabadas en su memoria. San Agustín explica lo siguiente: “¿Por dónde, pues, y por qué parte han entrado en mi memoria? No lo sé. *Porque cuando las aprendí, ni fue dando crédito a otros, sino que las reconocí en mi alma y las aprobé por verdaderas y se las encomendé a ésta, como en depósito, para sacarlas cuando quisiera*”, San Agustín, *Confesiones*, quinta edición, traducción y notas R.P. Ángel Custodia Vega, o.s.a. y texto revisado por R.P. Licinio González, o.s.a., Ediciones Escorialense, 1987, cap. X, libro X, p. 289, (las cursivas son mías).

⁹²² La discusión teórica en torno a la verdadera naturaleza jurídica del contrato de depósito ha sido tratada por Cristóbal de Villalón, quien, aludiendo a la costumbre de Fugger de obtener préstamos de feria a feria, dice que estas operaciones se designaban bajo el término de depósitos “cuando, en realidad, eran verdaderos préstamos”, Cristóbal de Villalón, *Provechoso tratado de convenios y contratos de mercaderes y reprobación de usura*, Valladolid, 1542.

una acción para reclamar aquellos intereses de mora derivados del pago y de la pérdida de disponibilidad y propiedad mientras no se devolviera el contenido fungible del depósito. Se entiende, entonces, que muchos comerciantes y banqueros declararan o confesarán realizar depósitos cuando verdaderamente efectuaban verdaderos contratos de préstamo lo cual venía a justificar legalmente el pago de un interés al depositante como también la utilización de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria por parte del depositario. Así, la figura jurídica del *depositum confessatum* llegó a oscurecer las diferencias evidentes entre el contrato de préstamo y el contrato de depósito irregular de dinero por lo que se llegó a identificar el cobro de un interés en cualquier contrato jurídico vestido en forma de depósito. Esta concepción llegó a influir en la mayoría de los moralistas de la Edad Media y en algunos miembros de la Escuela de Salamanca (Domingo de Soto, Luis de Molina, Juan de Lugo) que admitieron este pago de interés al depositante, si bien es cierto que otros destacados miembros de nuestro siglo de oro Español, seguidores de la tradición del derecho romano, no se vieron influidos por estas nuevas doctrinas y criticaron el cobro de un interés hacia el depositante así como también la utilización de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria por parte de cualquier depositario o banquero. Muchos ejemplos históricos han sido desarrollados *in extenso* en el capítulo II de este trabajo en el cual se recoge cómo se ha ido violando la esencia jurídica del contrato de depósito irregular de dinero y, en algunas ocasiones, identificando el contrato de depósito irregular con el contrato de préstamo desde la época helenística y clásica hasta la baja Edad Media. Todavía más, el economista Richard Cantillon se apropió de los depósitos irregulares de títulos-valores de algunos de sus clientes en el sistema especulativo propiciado por John Law, por lo que trató defender su postura en el juicio mediante el argumento de la identificación entre el contrato de depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo. En efecto, Richard Cantillon presumió que el contrato de depósito irregular de títulos-valores -al igual que el contrato de depósito irregular de dinero- comprende la transmisión de la propiedad y disponibilidad del *tantundem* a favor del depositario del mismo modo que sucede en el contrato de préstamo⁹²³. Sin embargo, como se ha visto, cualquier depósito de bienes

⁹²³ Joaquín Garrigues explica este hecho de la siguiente manera: “la consecuencia del razonamiento traído hasta aquí podemos expresarla afirmando que la intención del cliente cuando entrega sus títulos al banco es contratar un depósito bancario, mas, inmediatamente después de hacer esta afirmación, surge ante

fungibles -títulos-valores, dinero o lo que sea- no existe un traspaso de la propiedad ni de la disponibilidad sino sólo una mera transmisión de la tenencia física a favor del depositario con la finalidad de guarda y custodia del *tantundem*. Parece evidente que Richard Cantillon cometió una estafa monumental que no podía ser justificable por ninguna teoría jurídica solvente, a saber, el contrato de bienes fungibles (dinero, títulos-valore, etc.) siempre requiere mantener la custodia y guarda del *tantundem* a favor del depositante -coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien-.

La errónea doctrina jurisprudencial de la Common Law en el siglo XIX

La identificación doctrinal entre el contrato de depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo ha sido recogida por vía jurisprudencial en el derecho inglés (*Common law*), sistema mediante el cual los jueces y tribunales elaboran el derecho (*judge-made-law*), no aplican un derecho previo y además poseen una amplia discrecionalidad. Así, hay diferentes pleitos a finales del siglo XVIII y XIX en los cuales muchos depositantes emprendieron demandas civiles contra algunos banqueros por apropiación indebida de los fondos depositados y por el incumplimiento de la custodia del *tantundem* debido a la negación de la restitución de los mismos. El derecho jurisprudencial anglosajón no reconoce las diferentes naturalezas jurídicas entre el contrato de depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo, justificando la apropiación indebida del dinero de los depositantes⁹²⁴ y sosteniendo este *ius privilegium* para favorecer a banqueros y poder

nosotros la figura de otro contrato de finalidad económica semejante, en el que también hay entrega al banco de una cosa fungible (dinero) y servicio de caja por parte del Banco. He aquí —dirán los defensores de la cuenta de efectos— otro contrato *sui generis* que no tiene denominación de préstamo ni de depósito en los documentos bancarios y que surte los mismos efectos jurídicos que la cuenta corriente de valores; es, a saber, el paso de la propiedad al banco y la devolución del *tantundem* por éste”, “Dictamen del señor Joaquín Garrigues”, en *La Cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, Imprenta Delgado Sáez, Madrid, 1936, p. 194.

⁹²⁴ Por el contrario, hay un sector doctrinal anglosajón que señala de forma correcta cómo los depositarios de granos americanos se apropiaron de una parte de éstos para especular en el mercado de Chicago, violando la guarda y custodia del *tantundem* de los depósitos. Murray Newton Rothbard dice así: “A crucial question to be asked is this: why did grain warehouse law, where the conditions—of depositing fungible goods—are exactly the same, and grain is a general deposit and not an earmarked bundle—develop in precisely the opposite direction? Why did the courts finally recognize that deposits of even a fungible good, in the case of grain, are emphatically a bailment, not a debt? Could it be that the bankers conducted a more effective lobbying operation than did the grain men?”, véase Murray N. Rothbard, *The Case Against the Fed*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama, 1994, p. 43. Esta misma línea jurisprudencial ha sido aplicada en España respecto a los depósitos a granel de aceite efectuado por unos

político. Aunque el autor Gerrard de Malynes intuyera una correcta concepción de los Bancos como depositarios de dinero en su obra *A treatise of the canker of England's common wealth*⁹²⁵ en mayor o menor medida, parece ser que los banqueros ingleses de principios del siglo XVII no respetaban la guarda, custodia y disponibilidad del *tantundem* del dinero depositado pues sostiene seguidamente en la misma obra que “generally all men are defirous to pleafe them, and to bring their readie monie into their Banke, as alfo fuch mony as they haue in forraine parts: in regard whereof thefe Bankers do giue them great credit: for if any man haue occaſion to beftow in merchandife or to pay in money three or foure thouſand ducats, and haue but one thouſand ducats in the Banke, the Bankers will pay it for him more or leffe, as the partie is well known or credited, without taking any gaine for it, although it be for three, foure, fixe, or more moneths, [...] the mony the remaining in the bankers hands, is employed by them to other vſes and purpofes”⁹²⁶. De hecho, esta errónea identificación doctrinal ha permitido que muchos economistas ingleses aseguren que los depósitos nacen de los créditos⁹²⁷, siguiendo la propuesta de la obra titulada *The theory of credit* de Henry

aceituneros en las almazaras según la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Julio de 1948. Respecto a esta sentencia última, cabe mencionar la interpretación errónea por parte de Florencio Oscáriz Marco en la cual entiende que “En este supuesto [depósito a granel], no hay depósito irregular, porque no hay facultad de usar y menos de disponer, sino sólo de mezclar”, mientras que otro depósito irregular de bien fungible (de dinero) sí hay un traslado de la facultad de uso, disposición y propiedad hacia el depositario. Véase Florencio Oscáriz Marco, *El contrato de depósito: estudio de la obligación de guarda*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 110-112 y especilamente la página 110.

⁹²⁵ Gerrard de Malynes explica que “A banke is properly a collection of all the readie monies of fome Prouince, Citie, or commonwealth, into the handes of fome perfons licenced and eftabliſhed there unto by publike authoritie of fome Prince, erected with great folemnnitie in the view of all the people and inhabitants; and with an oftentatió in the open market place vpon a ſcaffold, of great ftore of money, of gold and filuer (as belonging vnto the perfons fo eftabliſhed) which is vnto them an attractiue matter to perfwade & allure the common people to bring their monies into theſe Bankers hands, where at all times they may commaund it and haue it a gaine at their owne pleaſure, with allowing them onely a ſmall matter of fiue vpon euery thouſand ducats o crownes, when any man will retire or draw his money into his owne hands againe: which although it be once but in twentie yeares, yet during all that time they are to haue no more: fo that theſe perfons or Bankers doe become (as it were) the generall feruaunts or Caffyers of that Prouince, Citie, or commonwealth”, Gerrard de Malynes, *A treatise of the canker of England's common wealth*, London, 1601, second part, pp. 20-21, transcripción de la cita en inglés original de principios del siglo XVII, (las cursivas son mías).

⁹²⁶ Gerrard de Malynes, *A treatise of the canker of England's common wealth*, London, 1601, second part, pp. 22 y 26, transcripción de la cita en inglés original de principios del siglo XVII, (las cursivas son mías).

⁹²⁷ Joaquín Garrigues lo explica de la siguiente manera: “Los depósitos engendran, por tanto, créditos a favor de los particulares bajo la forma de descuentos o en otra forma similar. Pero a su vez, y por curiosa inversión del fenómeno económico, los créditos que el Banco concede engendran depósitos, dado que los clientes suelen dejar en el Banco el mismo dinero que reciben de él”, *Contratos bancarios*, segunda edición revisada, corregida y puesta al día por Sebastián Moll, Madrid, 1975, Cap. VIII, p. 356, (las cursivas son mías).

Dunning Macleod. En efecto, este economista inglés del siglo XIX comienza enunciando correctamente que “*In classical Latin and Roma Jurisprudence Depositum means anything whatever which is placed in a person’s care and custody for the sole purpose of safe keeping: and of which he is a mere Bailee or Trustee: and in which he acquires no property: and of which he can make no use*” si bien Macleod apunta la equivocada doctrina de la Common Law posteriormente del siguiente modo: “*But, in the technical language of modern Banking, a deposit is a Banking Credit: it is the Right of action which a Banker creates against himself to buy money, and bills of exchange, and other securities: it is not a banker’s asset, but a banker’s liability: and is synonymous with an Issue*”⁹²⁸.

La primera sentencia notable en el ámbito doctrinal anglosajón que identifica el contrato de depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo doctrinalmente fue emitida por el Sir William Grant de 1811 en el caso Carr *versus* Carr. Esta sentencia razona si la entrega dinero en efectivo a un banquero en una cuenta bancaria es o no un depósito por lo que el *Master of the Rolls* -Sir William Grant- expone lo siguiente: “*the money which had been paid into the banker’s ought also to pass as a debt. This was not a depositum. A sealed bag of money might, indeed, be a depositum; but money paid in, generally, to a banker could not be so considered. He observed, that money had no ear-mark; that, when money is paid into a banker’s, he always opens a debtor and creditor account with the payor. The banker employs the money himself, and is liable merely to answer the drafts of his customer to that amount. This would clearly support a commission of bankrupt; it would not pass by the description of ready money; and, therefore, it must be considered as a debt, and must pass by that description*”⁹²⁹. También los casos de Vaisey *versus* Reynolds en el año 1828 y Parker *versus* Merchant en el año 1843 afirman esta posición. Otra sentencia importante fue el caso de Devaynes *versus* Noble, &c. del año 1816 que siguió la misma línea de argumentación de la anterior sentencia citada y, en frente de Sir William Grant, se sostuvo que un banquero es un depositario

⁹²⁸ Henry Dunning Macleod, *The theory of credit*, vol. I, London: Longmans, Green and Co. and New York: 15, East 16th Street, 1889, cap. I, p. 144, (las cursivas son mías).

⁹²⁹ John Herman Merivale, *Reports of Cases Argued and Determined in the High Court of Chancery: Commencing in Michaelmas Term, 1815*, Volumen I, 1815-1816, 56 GEO. III., Joseph Butterworth and Son, London, 1817, p. 543, (las cursivas son mías).

en lugar de un deudor. Sin embargo, Sir William Grant rechaza esta argumentación e indicó que "*money paid into a banker's becomes immediately a part of his general assets; and he is a merely a debtor for the amount*"⁹³⁰ y aclara "No difference, in principle, between the case of a banking-house and any other partnership as to the equity of the creditor against the deceased partner's estate. *Money paid into a banker's constitutes a debt, not a deposit. A creditor's leaving money in the hands of the surviving partners in a bank, does not constitute a new contract, nor operate as a relinquishment of the old security*"⁹³¹. En el mismo sentido, otra notable sentencia se basó en el caso *Sims versus Bond* pronunciada en el año 1833 y apunta la afirmación que Lord Denman, Chief Justice of the Queens Bench Division, sostuvo en juicio expresando que "sums which are paid to the credit of a customer, with a banker, though usually called *deposits*, are in truth *loans* by the customer to the banker [...] and plaintiffs who seek to recover the balance of such an account, must prove that the loans were made *by them*"⁹³². Igualmente, en la misma línea que las anteriores, existe la sentencia que trata el caso *Pott versus Clegg* la cual permitió que el Tribunal del "fisco" -the Court of the Exchequer- argumentara que el dinero depositado en un banco por un cliente, de modo ordinario, es dinero prestado al banco, con una obligación sobreañadida que se debe pagar cuando sea exigido por un cheque⁹³³. De este modo, una de las decisiones jurisprudenciales importantes a mencionar es la sentencia emitida por el juez Lord Cottenham en 1848 respecto al caso de *Foley versus Hill* y otros, en donde se alcanza la equivocada decisión de que "*the money placed in the custody of a banker is, to all intents and purposes, the money of the banker, to do with it as he pleases. He is guilty of no breach of trust in employing it. He is not answerable to the principal if he puts it into jeopardy, if he engages in a haphazardous speculation; he is*

⁹³⁰ John Herman Merivale, *Reports of Cases Argued and Determined in the High Court of Chancery: Commencing in Michaelmas Term, 1815*, Volumen I, 1815-1816, 56 GEO. III., Joseph Butterworth and Son, London, 1817, p. 568, (las cursivas son mías).

⁹³¹ John Herman Merivale, *Reports of Cases Argued and Determined in the High Court of Chancery: Commencing in Michaelmas Term, 1815*, Volumen I, 1815-1816, 56 GEO. III., Joseph Butterworth and Son, London, 1817, pp. 568-569, (cita adjunta al texto y, además, las cursivas son mías).

⁹³² Sandford Nevile, William M. Manning, *Reports of cases argued and determined in the Court of King's Bench: in Trinity and Michaelmas Terms, in the third and fourth years of William IV*, Volumen II, S. Sweet, 1834, p. 616.

⁹³³ R. Meeson y W. N. Welsby, *Reports of Cases Argued and Determined in the Courts of Exchequer and Exchequer Chamber, from Michaelmas Term, 10 Vict., to Easter Term, 10 Vict., Both Inclusive; With Tables of the Cases and Principal Matters*, Volumen XVI, S. Sweet, 1949, pp. 321 y ss.

not bound to keep it or deal with it as the property of his principal, but he is, of course, answerable for the amount, because he has contracted, having received that money, to repay to the principal, when demanded, a sum equivalent to that paid into his hands”⁹³⁴.

La regulación jurídica en España: el Código Civil y Mercantil⁹³⁵

Alguna parte de la doctrina española ha intentado identificar el contrato de depósito irregular y el contrato de préstamo con poco éxito. Esta posición ha sostenido su argumentación en base a ciertos artículos del Código Civil y Mercantil, sosteniendo que la figura del contrato de depósito irregular no encuentra acomodo en nuestro marco jurídico y, por lo tanto, el contrato de depósito irregular no es sino un mero contrato de préstamo. Aún así, la regulación de estos contratos jurídicos en el Código Civil y Mercantil es harta indecisa e inestable e, incluso, parece no asimilar esta forzada identificación entre el contrato de depósito irregular y el contrato de préstamo la cual es aplaudida por un sector de la doctrina. El artículo 1.768, enmarcado en la sección tercera del capítulo II del título XI del Código Civil, ha sido utilizado para equiparar el contrato de depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo. Este artículo expone que “cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato. El permiso no se presume, debiendo probarse su existencia”. Según este artículo, si el uso comprende la transmisión íntegra del dominio de la cosa y del uso indistinguible de los bienes o cosas fungibles depositadas, queda claro, por tanto, que el contrato de depósito irregular se convertiría en un contrato de préstamo. Sin embargo, como ya hemos

⁹³⁴ Véase la nota de la p. 73 (las cursivas son mías) del libro de E.T. Powell, *Evolution of Money Markets*, Cass, Londres 1966, así como los comentarios a esta sentencia realizados por Mark Skousen en su *The Economics of a Pure Gold Standard*, Praxeology Press, The Ludwig von Mises Institute, Auburn University, Alabama, 1977, pp. 22-24. La traducción al castellano de este párrafo de la sentencia de Lord Cottenham podría ser la siguiente: “El dinero colocado en custodia de un banquero es, a todos los efectos y propósitos, el dinero del banquero, con el que puede hacer lo que quiera. Así, él no es culpable de romper ninguna obligación de custodia si lo emplea. No responde tampoco ante el depositante si lo pone en peligro o si lo implica en especulaciones peligrosas; él no está obligado a guardarlo o tratarlo como si fuera propiedad del depositante, pero responde, desde luego, por la cantidad, porque se ha obligado en un contrato, una vez que ha recibido el dinero, a devolver al depositante cuando se lo pida o demande una suma equivalente a aquella que originariamente le entregó”.

⁹³⁵ Este epígrafe ha tomado como base las páginas desarrolladas por Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, segunda edición revisada, corregida y puesta al día por Sebastián Moll, Madrid, 1975, Cap. VIII, pp. 362-365.

apuntado en el capítulo I de este trabajo, hay unas diferencias sustanciales y teóricas entre los elementos esenciales de ambos contratos jurídicos: por un lado, si bien es verdad que hay una mera transmisión física de la cosa fungible, es igualmente cierto que existe la facultad de cierta capacidad organizativa y logística respecto al bien fungible para cumplir la finalidad de la restitución de la cosa fungible precisamente, por lo que es perfectamente posible mantener un respeto escrupuloso en relación a los elementos de guarda, custodia y plena disponibilidad del *tantundem* a favor del deponente. Si el trasfondo teórico del artículo 1.768 comprende la disposición del *tantundem* a favor del depositante en cualquier momento, no parece haber ningún problema en admitir que nuestro Código Civil pueda diferenciar entre el contrato de depósito irregular y el contrato de préstamo perfectamente. Incluso, el artículo 1.770 del Código Civil estima la existencia de un contrato de depósito de dinero distinto del contrato de préstamo al establecer que la “La cosa depositada será devuelta con todos sus productos y accesiones. Consistiendo el depósito en dinero, se aplicará al depositario lo dispuesto respecto al mandatario en el artículo 1.724”.

Por su parte, el Código de Comercio también se ocupa de algunos aspectos del contrato de depósito irregular de dinero y, del mismo modo, parece hallar tensiones jurídicas y la existencia de diversas identificaciones doctrinales. El artículo 309 del Código de Comercio establece que “siempre que, con asentimiento del depositante, dispusiere el depositario de las cosas que fueron objeto de depósito, ya para sí o sus negocios, ya para operaciones que aquél le encomendare, cesarán los derechos y obligaciones propios del depositante y depositario, y se observarán las reglas y disposiciones aplicables al préstamo mercantil, a la comisión o al contrato que en sustitución del depósito hubieren celebrado”. Así, pues, el artículo 309 del Código de Comercio parece enmarcarse en la misma interpretación que el artículo 1.768 del Código Civil. No obstante, el artículo 307 del Código de Comercio trata los depósitos en numerario pues indica que “cuando los depósitos de numerario se constituyeren sin especificación de monedas o sin cerrar o sellar, el depositario responderá de su conservación y riesgos en los términos establecidos por el párrafo segundo del artículo 306”. Y el párrafo segundo del artículo 306 expone que “en la conservación del depósito responderá el depositario de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o

negligencia, y también de los que provengan de la naturaleza o vicio de las cosas, si en estos casos no hizo por su parte lo necesario para evitarlos o remediarlos, *dando aviso de ello además al depositante, inmediatamente que se manifestaren*". Por tanto, y en contraste al contenido de los artículos 309 del Código de Comercio y 1.768 del Código Civil, el Código de Comercio aceptaría la figura jurídica del contrato de depósito irregular de dinero conforme al último párrafo del artículo 307 junto con el segundo párrafo del artículo 306. En efecto, se considera la obligación de guarda, custodia y plena disponibilidad a favor del depositante y, por su parte, el depositario tendría el deber de notificar los daños, menoscabos o vicios en el propio bien o dinero fungible al depositante de modo inmediato. Lamentablemente, el Código de Comercio contiene un *ius privilegium* que da carta de naturaleza jurídica a la apropiación de las sumas monetarias depositadas en el Banco debido a que el artículo 310 del Código de Comercio sostiene que "no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los depósitos verificados en los Bancos, en los almacenes generales, en las sociedades de crédito o en otras cualesquiera compañías, se regirán en primer lugar por los Estatutos de las mismas, en segundo por las prescripciones de este Código, y últimamente por las reglas del derecho común que son aplicables a todos los depósitos". Así es, los banqueros han conseguido obtener un privilegio odioso del estado si es que los correspondientes Estatutos permiten la facultad de utilizar y apropiarse de los fondos monetarios de los depositantes. Por contra, naturalmente, cualquier persona que no tuviera la condición de banquero y utilizara el dinero depositado, cometería la violación del elemento de guarda y custodia y, por consiguiente, un delito de apropiación indebida. Aunque la redacción del artículo 310 del Código de Comercio así como también la redacción de los estatutos y contratos bancarios, suelen ser imprecisos, difusos y vagos, es totalmente lógico que la jurisprudencia⁹³⁶ haya dictado algunas sentencias reconociendo, conforme nuestro derecho positivo, la obligación de mantener la guarda, custodia y plena disponibilidad de los fondos de los depositantes *-tantundem-*, a saber, en términos bancarios, la exigencia de un coeficiente de caja del cien por cien para la emisión de depósitos a la vista y sus equivalentes. Finalmente, aunque a efectos

⁹³⁶ Véase el correspondiente epígrafe acerca del reconocimiento por la jurisprudencia de los principios generales del derecho que regulan el contrato de depósito irregular de dinero (coeficiente de caja del cien por cien) del capítulo I de este trabajo.

meramente informativos e históricos, se deben mencionar los artículos 7⁹³⁷, 8⁹³⁸ y 10⁹³⁹ de los Estatutos del Banco de España relativos a los depósitos y cuentas corrientes, no se observa el funcionamiento real de la cuenta corriente y el depósito irregular de dinero entre el depositante y el depositario, lo que permite que el depositario viole la guarda y custodia del *tantundem* y apropiarse el dinero depositado a la vista. Incluso, el legislador plasma cierto nivel de prudencia en el artículo 180 del Código de Comercio por el cual expone que “los bancos conservarán en metálico en sus cajas la cuarta parte, cuando menos, del importe de los depósitos y cuentas corrientes a metálico y de los billetes en circulación”.

Sin embargo, la entrada de España en la Unión Económica y Monetaria (UEM) en enero de 1999 y la cesión de la política monetaria nacional al BCE han provocado que la situación actualmente vigente del coeficiente legal de caja esté sometido bajo las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea y a los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC). De este modo, el Reglamento (CE) n° 2531/98 de Consejo de 23 de noviembre de 1998 relativo a la aplicación de las reservas mínimas por el Banco Central Europeo, señala en su apartado 1 del artículo 4 relativo al coeficiente de reserva que “*el coeficiente de reservas, que puede fijar el BCE según lo establecido en el artículo 19.1 de los Estatutos, no podrá exceder del 10 por ciento de los pasivos computables que formen parte de la base de las reservas mínimas, pudiendo ser el cero por ciento*”. La materialización de tal privilegio, en contra de los principios generales del derecho que todo contrato de depósito irregular de dinero debe respetar, esto es, la defensa de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien para la emisión de depósitos a la vista y sus equivalentes, se ha visto formalizada y

⁹³⁷ El artículo 7 dice lo siguiente en sus dos primeros párrafos: “dependencias autorizadas para ello podrán recibir en depósito monedas de curso legal en la nación o billetes del mismo banco”.

⁹³⁸ El artículo 8 indica que “la responsabilidad del banco como depositario consistirá en devolver la misma cantidad en numerario nacional en equivalencia de los depósitos de efectivo”.

⁹³⁹ El artículo 10 expone lo siguiente en referencia a las cuentas corrientes: “el banco podrá abrir y llevar cuentas corrientes de efectivo o de valores mobiliarios para las personas naturales o jurídicas y las corporaciones o entidades debidamente representadas cuya solicitud no ofrezca inconveniente en la opinión reservada del establecimiento. Las cuentas ordinarias de efectivo podrán recibir metálico y billetes de curso legal, talones y demás documentos a cargo de otras cuentas corrientes ... para cada clase de cuenta corriente el banco facilitará los cuadernos talonarios que el titular necesite; y mediante los talones, debidamente autorizados, pagará las cantidades y devolverá los títulos a cargo de los saldos respectivos. Contra las cuentas corrientes de efectivo, serán también admisibles los cheques al portador, a la orden, nominativos y cruzados”

modificada en dos ocasiones más. En efecto, el Reglamento (CE) n° 1745/2003 del Banco Central Europeo, de 12 de septiembre de 2003, relativo a la aplicación de las reservas mínimas (BCE/2003/9) determina en el apartado 2 del artículo 4 relativo a los coeficientes de reserva que “*se aplicará un coeficiente de reserva del 2 % a todos los demás pasivos incluidos en la base de reservas*” si bien este porcentaje ha sido modificado y reducido por el Reglamento (UE) n° 1358/2011 del Banco Central Europeo de 14 de diciembre de 2011 por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1745/2003 relativo a la aplicación de las reservas mínimas (BCE/2003/9) en el cual el apartado 2 del artículo 4 afirma que “*se aplicará un coeficiente de reserva del 1 % a todos los demás pasivos incluidos en la base de reservas*”. En definitiva, esta regulación ha permitido que esta clase de depositarios denominados banqueros hayan obtenido este privilegio legal odioso, facultando la apropiación del dinero depositado a la vista por los depositantes para sus operaciones financieras activas (concesiones de préstamos, etcétera) y, de este modo, actuando con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria en contra de los principios generales del derecho.

La fundamentación jurídica de la regulación del contrato de depósito irregular: el Codice Civile

A diferencia del Código Civil español y el Code francés, a continuación se observará someramente que hay algunos códigos extranjeros⁹⁴⁰ -como también el caso histórico del Fuero nuevo de Navarra⁹⁴¹- que regulan el tipo contractual del depósito irregular. Concretamente, el Codice Civile italiano⁹⁴² recoge el contrato de depósito irregular en el artículo 1782 en su sección I “*Del deposito in generale*”, capítulo XII “*Del deposito*”, título III “*Dei singoli contratti*” del Libro IV “*Delle obbligazioni*” que dice lo siguiente:

⁹⁴⁰ El Código Suizo de las obligaciones (artículo 481), el portugués (artículos 1205 y 1206), el BGB (parágrafo 700), el chileno (artículo 2221) el helénico (artículo 830) y también mediante el Proyecto del Código civil de 1836 (artículo 1372), muy en consonancia con la definición que del instituto daban las Partidas.

⁹⁴¹ La compilación civil de Navarra se refiere al depósito irregular en su ley 554 al final de su título XII de la siguiente manera: “Cuando en el depósito de cosa fungible se ordena al depositario, expresa o tácitamente, facultades de disposición, se aplicará lo dispuesto para el préstamo de dinero en las leyes 532, 534 y 535”. Se observa que se repite el contenido del artículo 1.768 del Código Civil español casi literalmente.

⁹⁴² Véase G. Cian, A. Trabucchi, *Commentario breve al Codice Civile - Complemento giurisprudenziale - Edizione per prove concorsuali ed esami 2013*, CEDAM, Padova, 2013.

*“Se il deposito ha per oggetto una quantità di danaro o di altre cose fungibili, con facoltà per il depositario di servirsene, questi ne acquista la proprietà ed è tenuto a restituirne altrettante della stessa specie e qualità. In tal caso si osservano, in quanto applicabili, le norme relative al mutuo”*⁹⁴³. En efecto, y en línea parecida a la regulación jurídica española en los artículos 1.768 del Código Civil y 309 del Código de Comercio, si la facultad de servirse de la cantidad de dinero permite la transmisión absoluta de la propiedad y el uso indistinguible de los bienes o cosas fungibles depositadas, el contrato de depósito irregular se convertiría en un contrato de préstamo según el derecho italiano. Por tanto, al igual que la regulación en los Códigos civil y mercantil españoles, es imprescindible interpretar qué entiende el legislador italiano por la facultad de restitución de las sumas monetarias depositadas y, en tal caso, si la restitución del *tantundem* está disponible a favor del depositante siempre y en todo momento, esto es, en términos bancarios, la materialización de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien en relación a los depósitos y sus equivalentes. De igual modo, el Codice Civile italiano desarrolla el depósito de dinero en el artículo 1834 en su sección “*Dei depositi bancari*”, capítulo “*Dei contratti bancari*”, título “*Dei singoli contratti*” del Libro IV “*Delle obbligazioni*” de la siguiente manera: “*Nei depositi di una somma di danaro presso una banca, questa ne acquista la proprietà ed è obbligata a restituirla nella stessa specie monetaria, alla scadenza del termine convenuto ovvero a richiesta del depositante, con l’osservanza del periodo di preavviso stabilito dalle parti o dagli usi. Salvo patto contrario, i versamenti e i prelevamenti si eseguono alla sede della banca presso la quale si è costituito il rapporto*”⁹⁴⁴. En este caso, el artículo 1834 del Codice Civile italiano recoge el espíritu del artículo 1782 del mismo código en mayor o menor medida, añadiendo dos especificaciones temporales específicas en relación a la restitución del dinero depositado, sea por expiración del plazo pactado o a petición del depositante. Por último, Joaquín Garrigues apunta que “*la existencia* [del

⁹⁴³ La traducción aproximada podría ser la siguiente: “Si el depósito tiene por objeto una cantidad de dinero o de otras cosas fungibles, con facultad para el depositario de servirse de ellas, éstos adquieren la propiedad y es requerido a restituir otras de la misma especie y cualidad. En tal caso si observan, en cuanto aplicables, las normas relativas al préstamo”.

⁹⁴⁴ La traducción aproximada podría ser la siguiente: “En los depósitos de una suma de dinero en un banco, éste adquiere la propiedad y está obligado a restituirla con el mismo tipo de moneda, a la expiración del plazo pactado o, a petición del depositante, con el cumplimiento de un plazo de preaviso establecido por las partes o por los usos. Salvo pacto en contrario, los pagos y retiradas se realizan en la oficina del banco en el cual se realizó el negocio”.

contrato de depósito irregular] en el Derecho italiano, como institución jurídica afín al depósito, y, por tanto, independiente del mutuo, está reconocida desde mucho tiempo atrás, no sólo por la doctrina, sino también por la jurisprudencia”⁹⁴⁵. Sin embargo, como ya se ha visto en el capítulo I de este trabajo, el contrato de depósito irregular de bienes fungibles o de dinero no tiene un plazo de expiración pactado sino que, al contrario, sólo la posibilidad de que el depositante puede solicitar la restitución del *tantumdem* en cualquier momento requerido.

Crítica de la identificación entre el contrato de depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo o mutuo

La identificación doctrinal entre los depósitos irregulares y los contratos de préstamo o mutuo de dinero es la coartada teórica perfecta para justificar la actividad bancaria bajo un coeficiente de caja de reserva fraccionaria. Sin embargo, aunque existan voces que sostienen tal identificación, la mayoría de juristas respetables -civilistas y mercantilistas- han rechazado esta posición por carecer del mínimo sustento científico y legal. Incluso, algún autor se ha referido a la distinción entre el contrato de depósito irregular y el préstamo de consumo como el *crux juris*⁹⁴⁶. La analogía entre el contrato de depósito irregular de dinero y contrato de préstamo o mutuo es tanto como sostener que aquél se celebraría en interés del depositario irregular. Por el contrario, reconocer la naturaleza jurídica del contrato del depósito irregular de dinero significa que éste se ejecuta en interés del depositante irregular. Por consiguiente, hay una serie de autores que mantienen la identidad del contrato de depósito irregular frente al contrato de préstamo o mutuo en mayor o menor medida. En este sentido, Rafael Flores Micheo afirma correctamente que la causa que mueve al depositante no es dar crédito al depositario, sino asegurar y garantizar la restitución en el momento requerido por el depositante, y mientras tanto, le releve de la carga de la custodia⁹⁴⁷. En la misma línea,

⁹⁴⁵ Joaquín Garrigues, “El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 1932, número 90, p. 411.

⁹⁴⁶ Philippe Malaurie, Laurent Aynes, *Cours de Droit Civil*, cuarta edición, París, 1990, p. 455.

⁹⁴⁷ Rafael Flores Micheo, “El depósito irregular”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, septiembre 1963, p. 765. Igualmente ver la obra de Adriano Fiorentino, *Commentario del “Deposito”* (artículos 1766 a 1797), en *Commentario del Codice Civile*, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, segunda edición, Libro cuarto, Bolonia y Roma, 1970, pp. 113-114.

y según la mayoría de la doctrina, el jurista Florencio Ozcáriz Marco apunta que “el depósito irregular no es ni mucho menos un supuesto de préstamo mutuo por el que, en la más corriente de sus manifestaciones, el cliente que deposita sus ahorros en la caja de ahorros de su localidad se convierte automáticamente en prestamista de la entidad receptora. Ni una ni otra parte contratante son conscientes de estar contratando un préstamo”⁹⁴⁸. Igualmente, Xavier O’Callaghan Muñoz niega la identidad entre el contrato de depósito irregular y el contrato de préstamo o mutuo si bien no se decide tampoco entre que se trate de “un depósito o contrato atípico de guarda al que se le aplicarían por analogía las propias normas del depósito”⁹⁴⁹. También, el gran insigne jurista Manuel Albaladejo admite la posibilidad de un contrato de depósito irregular que no es depósito por la prohibición legal, pero que tiene cabida como contrato atípico, al que identifica como contrato de *guarda* de cosa fungible cuya propiedad adquiere el *guardador*, el cual es también evidentemente distinto del mutuo por los diferentes intereses a que cada cual obedece, incluso en el supuesto de carácter oneroso en ambos contratos, concluyendo la consecuencia de que se ha de regir por los principios generales del Derecho, “los que no siempre se sacarán del contrato de depósito, sino del mutuo o de la figura que sea idónea”⁹⁵⁰.

En sentido contrario, hay un grupo minoritario de juristas que admiten la identificación doctrinal entre el depósito irregular de dinero y préstamo o mutuo. Por ejemplo, Ambrosio Colin y Henri Capitant entienden que el contrato de depósito irregular no suele tener de depósito más que el nombre pues para ambas partes -depositante y depositario- el contrato celebrado es un préstamo de uso o de consumo. Estos dos autores muestran su razonamiento mediante el supuesto de depósitos de fondos de bancos a los que cuales califican como verdaderos prestatarios, incluso prestatarios con interés⁹⁵¹. Asimismo, Victor Covián Junco apunta que la diferencia entre el contrato de

⁹⁴⁸ Florencio Ozcáriz Marco, *El contrato de depósito: estudio de la obligación de guarda*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, Cap. I, p. 47.

⁹⁴⁹ Xavier O’Callaghan Muñoz, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo II, volumen 2, Madrid, 1989, p. 338.

⁹⁵⁰ Manuel Albaladejo García, *Derecho Civil*, tomo II, Volumen segundo, Librería Bosch, Barcelona, 1975, Cap. XX, sección novena, pp. 332-334 y especialmente la página 334.

⁹⁵¹ Ambrosio Colin y Henri Capitant, *Curso Elemental de Derecho Civil*, traducción de la segunda edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia y con notas sobre el Derecho civil español por Demófilo de Buen, tomo IV, Reimpresión de la tercera edición revisada por Ortega Lorca, Madrid, 1981, p. 764.

depósito irregular y el contrato de préstamo es más de naturaleza económica que jurídica, por lo que señala como justificación para no entender subsumido el depósito irregular en el mutuo “que se atienda al interés exclusivo del depositante, porque si resultara al de los dos, o al del depositario, tendríamos un contrato de préstamo, fuera cualquier el nombre que le hayan dado las partes”⁹⁵². Una tercera vía es aquella sostenida por Robert Joseph Pothier el cual desarrolla una tercera posición acerca del contrato de depósito irregular de dinero. Pothier indica que el contrato de depósito irregular tiene una identidad propia distinta del contrato de depósito regular, principalmente en la necesidad o no necesidad de restitución *in individuo*. Este autor aclara que este contrato -depósito irregular- tiene identidad propia -diferente al depósito regular- pero se diferencia del mutuo también debido al diferente objeto propuesto por los contratantes (una parte entrega el dinero a la otra para guardarlo y custodiarlo de forma segura y la otra parte presta una cantidad de dinero al mutuuario con el objetivo de hacerle un favor, sea de forma gratuita o con una estipulación de intereses) como también de la inoperancia del plazo. De todos modos, R. J. Pothier concluye que “el fin principal del contrato no es otorgar al depositario la facultad de servirse de este dinero; pues esto sólo se le permite *ex accidenti*, de manera sin embargo que a pesar de esto se halle siempre dispuesto a devolver la cantidad cuando se le pida”⁹⁵³.

De acuerdo con la doctrina jurídica española, el conocido jurista y mercantilista Joaquín Garrigues ha expuesto su opinión en torno la identificación entre el contrato de depósito irregular y el contrato de préstamo o mutuo muy someramente. Aunque en un primer momento este jurista parece aceptar la doctrina de la identificación entre ambos contratos jurídicos, Joaquín Garrigues no termina aceptando tal reconocimiento⁹⁵⁴ y señala que “persisten *algunas razones* que inducen a seguir considerando el contrato como depósito y no como préstamo (por ejemplo, la libre disponibilidad a favor del depositante, el ser éste quien toma la iniciativa del contrato, la modicidad del interés,

⁹⁵² Víctor Covián Junco, Comentario a la voz “Depósito” en la *Enciclopedia Jurídica Española*, Barcelona, sin fecha, p. 822.

⁹⁵³ Robert Joseph Pothier, *Tratado de los Contratos de Beneficiencia*, traducción española por una Sociedad de Amigos Colaboradores, Barcelona, 1845, pp. 160 y ss.

⁹⁵⁴ Igualmente Joaquín Garrigues expone la di en su artículo “El depósito irregular y su aplicación en el derecho mercantil” en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

etc.)⁹⁵⁵ a pesar de los posibles argumentos del derecho positivo español (artículo 1.768 del Código Civil y 309 del Código de Comercio ya expuestos previamente) que pueden justificar la identificación entre el contrato de depósito irregular y el contrato de préstamo o mutuo. Sin embargo, Joaquín Garrigues detalla los argumentos y procede a reinterpretar un nuevo concepto de disponibilidad el cual será estudiado en los siguientes epígrafes de este capítulo. Por último, aunque haya algunas argumentaciones a favor de la identificación entre ambos contratos jurídicos, y ni siquiera juristas tan agudos y finos como Joaquín Garrigues han llegado a aceptar, sólo cabe reseñar que el propio Código Civil parece aceptar la existencia de un depósito de dinero que no sea un préstamo. En efecto, los juristas José Luis Albácar y Jaime Santos Briz han manifestado esta interpretación de la siguiente manera “ante esta disparidad —acaso antinomia— de disposiciones legales, la que bien pudiera merecer el calificativo de clásica, y la moderna, es de señalar que hoy parece prevalecer la de quienes estiman que las figuras del mutuo y del depósito irregular son distintas, al punto de no faltar quienes a tales efectos consideran que en dichos casos nos hallamos ante un supuesto del género depósito, una figura atípica y compleja, la del depósito irregular”⁹⁵⁶.

Las diferentes causas o motivación entre el contrato de depósito irregular y el contrato de préstamo o mutuo

Posiblemente, el argumento más importante y definitivo entre el contrato de depósito irregular y el contrato de préstamo o mutuo encuentra su razón en la diferente causa o motivación de los mismos. En efecto, la causa⁹⁵⁷ o motivación de estos dos contratos jurídicos está relacionada con la finalidad subjetiva de las dos partes contratantes para realizar el contrato en cuestión, a saber, la íntima conexión entre el aspecto subjetivo de las partes basada en una correcta teoría económica⁹⁵⁸ y las diferentes finalidades y

⁹⁵⁵ Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, segunda edición revisada, corregida y puesta al día por Sebastián Moll, Madrid, 1975, Cap. VIII, p. 363, (las cursivas son mías).

⁹⁵⁶ José Luis Albácar López y Jaime Santos Briz, *Código Civil: doctrina y jurisprudencia*, Editorial Trivium, Madrid 1991, tomo VI, p. 1770.

⁹⁵⁷ Véase el estudio completo realizado por Jean Dabin, *La teoría de la causa: estudio histórico y jurisprudencial*, traducido por Francisco de Pelsmaeker y adaptado por Francisco Bonet Ramón, 2.ª edición, Editorial, Revista de Derecho Privado, Madrid 1955.

⁹⁵⁸ La concepción subjetivista es la base metodológica en la cual se funda la Escuela Austríaca de Economía fundada por Carl Menger y su magnífico libro titulado *Principios de economía política*, 2.ª ed.,

objetivos de las partes desde el punto de vista jurídico para realizar el contrato jurídico deseado. Todavía más, el argumento pronunciado por René Rodiere y Philippe Delebecque⁹⁵⁹ subraya que la línea de demarcación entre el contrato de depósito irregular y el contrato de préstamo o mutuo sólo puede ser fijado por la voluntad de las partes. En este sentido, Antonio Gullón sostiene que “*la equiparación entre depósito irregular y mutuo no deja de ser un artificio que pugna con la verdadera voluntad de las partes*. El depositante de dinero, por ejemplo, no piensa conceder un préstamo al depositario. Quiere, lo mismo que en el depósito regular, la custodia de la cosa y tener en todo momento la disponibilidad de la misma. Precisamente con el depósito irregular consigue mejor estos fines que con el regular, porque en éste está sujeto a la pérdida por caso fortuito, que soportará él y no el depositario, mientras que en el irregular éste es un deudor de género, que como tal nunca perece”⁹⁶⁰. Aunque ya ha sido estudiado *in extenso* en el capítulo I de este trabajo, las diferencias jurídicas y económicas entre el contrato de depósito irregular y el contrato de préstamo son insalvables y, en última instancia, se materializan en las diferentes causas o motivaciones existentes entre los mismos. El contrato de préstamo conlleva un reclamo de bienes presentes que supone una pérdida de disponibilidad para el prestamista con la condición de que éste reciba un reclamo mayor de bienes futuros con la correspondiente prima de interés. Por contra, el motivo jurídico es diverso en el caso del depósito irregular pues no se pierde la disponibilidad ni la propiedad de la cosa fungible depositada por el depositante en ningún momento sino que la causa jurídica esencial y principal es la guarda o custodia del *tantundem* del depositante, con la facultad de poder retirarlo “a la vista” en cualquier momento solicitado. De este modo, el cliente no es consciente de que está realizando un contrato de préstamo a través del cual pierde la plena disponibilidad y propiedad de la cosa fungible y, posiblemente, efectuaría un contrato que protegiera su principal motivo, esto es, disponer de la suma dineraria o el bien fungible depositado en el tiempo en que sea reclamado. Hay un grupo bastante notable de teóricos que identifican el contrato de

Unión Editorial, Madrid 1997. Véase el artículo de Jesús Huerta de Soto, “Génesis, esencia y evolución de la Escuela Austriaca de Economía”, en *Estudios de economía política*, Unión Editorial, 2.ª edición, Madrid 2004, pp. 17-55.

⁹⁵⁹ René Rodiere y Philippe Delebecque, Comentarios a la voz “Dépot” en la *Enciclopedia Jurídica Dalloz*, Abril, 1994, p. 6.

⁹⁶⁰ Cita encontrada en José Luis Lacruz Berdejo, *Elementos de derecho civil*, volumen II, José María Bosch Editor, tercera edición, Barcelona 1995, p. 270. (las cursivas son mías).

depósito irregular y el contrato de préstamo doctrinalmente aunque no se dan cuenta del problema jurídico tremendo existente entre una parte y otra, esto es, la causa jurídica esencial entre ambas. Así es, una parte denominada depositante entrega una suma monetaria al depositario. Por tanto, en tal caso, si las causas jurídicas esenciales son diferentes, cabría preguntarse cuál es el contrato jurídico realizado por ambas partes e, igualmente, cómo es posible mantener la plena disponibilidad de la cantidad depositada simultáneamente por las dos partes contratantes. De esta manera, los depositantes entregan sus sumas monetarias en forma de un depósito a la vista con el objetivo de conservar la plena disponibilidad sobre el *tantundem* -coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien-, mientras que el Banco acepta el depósito de bienes fungibles o de dinero con el objetivo de incumplir la custodia del *tantundem* y actuar con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria, utilizando una gran parte de lo depositado en usos y negocios particulares hacia terceros. Este problema, ya tratado en el capítulo I de este trabajo, comprende el conocido conflicto de la “doble disponibilidad” que ha supuesto que muchos juristas, entre ellos el destacado mercantilista y afamado Joaquín Garrigues, lleguen a consideraciones teóricas y jurídicas muy desafortunadas⁹⁶¹ y, en su mayor parte, de dudosa formulación jurídica. Este mercantilista aduce que el actual contrato depósito bancario -sin una exigencia de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien- comprende una doble disponibilidad simultáneamente tanto a favor del cliente como a favor del banco y apunta que “es precisamente por causa de esta *doble disponibilidad* por la que es difícil la configuración jurídica del contrato, porque la disponibilidad a favor del depositante, que es característica del depósito, *armoniza mal* con la disponibilidad a favor del banco”⁹⁶². De hecho, esta “mal armonización” es incompatible con la plena

⁹⁶¹ No es nada sorprendente observar que Joaquín Garrigues sostenga sus argumentaciones de teoría económica citando el libro de *Treatise on Money* de Keynes al cual menciona varias veces en el texto principal (pp. 357 y 358) y en el texto de las notas a pie de página (pp. 352 y 357, notas números 1 y 11, respectivamente). Con estas conclusiones de teoría económica, no es difícil extrañarse que sus argumentaciones jurídicas y económicas sean confusas y, en mi opinión, erróneas. Véase Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, segunda edición revisada, corregida y puesta al día por Sebastián Moll, Madrid, 1975, páginas citadas previamente, (las cursivas son mías).

⁹⁶² Véase Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, segunda edición revisada, corregida y puesta al día por Sebastián Moll, Madrid, 1975, p. 367, (las cursivas son mías). El fenómeno de la doble disponibilidad es mencionado por William Stanley Jevons del siguiente modo: “it becomes possible to create a fictitious supply of a commodity, that is, to make people believe that a supply exists which does not exist”, *Money*

disponibilidad y propiedad de ambas partes contratantes por lo que se excluyen mutuamente, es decir, ambos contratos jurídicos son opuestos y distintos al no ser posible identificar el contrato de depósito irregular con el contrato de préstamo o mutuo. La naturaleza jurídica y lógica del contrato de depósito irregular de dinero exige, a saber, la plena disponibilidad y propiedad de la cosa depositada a favor del depositante en el momento en que sea reclamado, esto es, en términos bancarios, la exigencia de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien.

La tesis del acuerdo tácito o implícito

Según el artículo 1.768 del Código Civil Español, hay una posición doctrinal que indica que puede haber un acuerdo “tácito” o “implícito” en los contratos de depósito irregular de bienes fungible o de dinero a través del cual se faculta la disposición de las sumas monetarias depositadas en manos del banquero para ser utilizadas en forma de concesión de préstamos, operaciones financieras con terceros, etcétera. El artículo 1.768 del Código Civil Español dice que podrá “servirse o usar de la cosa depositada” y además se ha demostrado que la característica principal del contrato de depósito bancario de dinero no es la facultad de uso sino la propiedad de la fungibilidad. Aunque el bien depositado no permita su individualización, el depositario no puede entender que la exclusiva traslación física del bien fungible comprenda un acto jurídico mayor, a saber, la traslación de la posesión y de la propiedad del bien depositado. Si bien el bien fungible depositado no permite su individualización, la custodia del bien fungible depositado es perfectamente compatible con la exigencia natural que exige cualquier depósito irregular de bienes fungibles o de dinero, esto es, en términos bancarios, el cumplimiento de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien. De hecho, hay contratos jurídicos, como por ejemplo el contrato de préstamo, que suponen el traslado de la facultad de uso -como también de disponibilidad, posesión y propiedad- del bien fungible correspondiente sin que éste sea reconocido como un depósito irregular. Por consiguiente, en línea a la argumentación de Pasquale Coppa-Zuccari, la provisional autorización expresa o tácita del depositante para convertir el contrato

and the Mechanism of Exchange, D. Appleton & Co., Nueva York 1875 y Kegan Paul, Londres 1905, p. 210.

jurídico de depósito irregular de bienes fungibles o de dinero en un contrato de préstamo o mutuo, es inadecuado y, a mi juicio, contrario a Derecho. Como se ha mencionado de modo previo, la traslación física del bien fungible al depositario es perfectamente compatible con la exigencia de un coeficiente de caja de reserva del cien por cien y, por tanto, respeta su característica más sobresaliente como es la guarda y custodia del *tantundem* de todo aquello que se ha depositado de modo previo⁹⁶³.

4

NUEVE POSIBILIDADES DE CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO DE DEPÓSITO BANCARIO DE DINERO A LA VISTA CON RESERVA FRACCIONARIA⁹⁶⁴

Hay engaño o fraude: delito de apropiación indebida y el contrato es nulo (origen históricamente viciado del contrato de depósito bancario de dinero a la vista de acuerdo con el capítulo II de este trabajo)

Como se ha observado en el capítulo I de este trabajo, el uso particular que el banquero pueda realizar de las sumas monetarias o de los bienes fungibles correspondientes depositados supone la violación de la custodia del *tantundem*⁹⁶⁵ de los depósitos bancarios de dinero a la vista. Pasquale Coppa-Zuccari recoge la esencia de esta idea de la siguiente manera: “risponde della diligenza di un buon padre di famiglia indipendentemente da quella che esplica nel giro ordinario della sua vita economica e giuridica. Il depositario invece, nella custodia delle cose ricevute in deposito, deve spiegare la diligenza, *quam suis rebus adhibere solet*. E questa diligenza diretta alla conservazione delle cose proprie, il depositario esplica: in rapporto alle cose infungibili, con l’impedire che esse si perdano o si deteriorino; il rapporto alle fungibili, col curare di averne sempre a disposizione la medesima quantità e qualità. Questo *tenere a*

⁹⁶³ Pasquale Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, Biblioteca dell’ Archivio Giuridico Filippo Serafini, vol. VI, Módena 1901, p. 132.

⁹⁶⁴ Este epígrafe estudiará y ampliará las observaciones realizadas por el Profesor Jesús Huerta de Soto en su libro *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. III, pp. 114-126.

⁹⁶⁵ Juan Roca de Juan expone en su artículo que la obligación de custodia consiste, precisamente, en que el depositario “debe tener a disposición del deponente, en cualquier momento, la cantidad depositada, y por lo tanto debe guardar el número de unidades de la especie necesario para restituir la cantidad *quando le sea pedida*”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XXII, vol. 1, Editorial Revista del Derecho Privado EDESA, Madrid 1982, pp. 251.

disposizione una eguale quantità è qualità di cose determinate, si rinnovellino pur di continuo e si sostituiscano, equivale per le fungibili a ciò che per le infungibili è l'esistenza della cosa *in individuo*”⁹⁶⁶. En efecto, el depositario está cometiendo un delito de apropiación indebida puesto que viola la plena disponibilidad, guarda y custodia del bien fungible depositado, es decir, no mantiene un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien para los depósitos irregulares de dinero en interés del depositante.

No hay engaño, pero hay error in negotio: contrato nulo

La mayoría de los depositantes no tiene el conocimiento de que el banquero está autorizado a utilizar el dinero depositado en su propio beneficio para las más diversas operaciones bancarias activas. Es más, los depositantes efectúan un contrato jurídico de depósito irregular de dinero -depósito bancario a la vista- y, de hecho, creen que las sumas monetarias en manos del banquero están guardadas y custodiadas en todo momento. Sin embargo, el banquero recibe el dinero depositado como si fuera un contrato de préstamo o mutuo en el cual la disponibilidad, posesión y propiedad de la cosa fungible se traslada íntegramente a éste último para los diferentes negocios o usos particulares. En definitiva, la causa o motivación de los contratos son incompatibles y diferentes, esto es, una parte contrata un depósito irregular de dinero -depósito a la vista- mientras que la otra parte contratante recibe la cantidad de dinero como si fuera un contrato de préstamo o mutuo. En conclusión, hay un *error in negotio*, es decir, el contrato jurídico efectuado es un negocio nulo⁹⁶⁷.

⁹⁶⁶ Pasquale Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, Biblioteca dell' Archivio Giuridico Filippo Serafini, vol. VI, Módena 1901, p. 95.

⁹⁶⁷ Francisco Hernández-Tejero Jorge indica el siguiente ejemplo: “si una persona entrega a otra una cosa en calidad de depósito y el que la recibe cree que se trata de un mutuo o préstamo, no habrá ni depósito ni mutuo”, *Lecciones de derecho romano*, Ediciones Darro, Madrid 1972, pp. 107-108.

No hay error in negotio, pero cada parte contratante conserva su causa típica en el contrato: contrato nulo por tener causas fundamentalmente incompatibles

Aunque un determinado grupo de clientes-depositantes (admitiendo a efectos meramente dialécticos) realiza un contrato jurídico de depósito irregular de dinero y aceptan que una parte importante de la suma monetaria depositada esté siendo utilizada en operaciones activas bancarias, esta supuesta autorización no resta ninguna importancia a la causa o motivo esencial del contrato jurídico de depósito irregular de dinero, esto es, la guarda y custodia del *tantundem* a favor del depositante. La raíz principal del problema es que la autorización y disponibilidad a favor del banquero es incompatible con la plena disponibilidad a favor del depositante. Como se ha apuntado previamente, la causa típica del contrato del depósito bancario a la vista es la disponibilidad permanente del *tantundem* a favor del depositante.

Aunque se acepte la compatibilidad de causas incompatibles, el contrato es nulo por ser imposible su cumplimiento mediante la suscripción masiva de contratos y la “ley de los grandes números” (si no existe un prestamista de última instancia, esto es, un banco central)

De acuerdo con el capítulo V del libro de *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos* del profesor Jesús Huerta de Soto, la teoría económica demuestra cómo es imposible que, mediante la suscripción masiva de contratos y la “ley de los grandes números”, se garantice a todos los depositantes la restitución de los depósitos en cualquier momento en que sean reclamados en un sistema bancario basado en un coeficiente de caja de reserva fraccionaria. En efecto, el sistema bancario actual basado en un coeficiente de caja de reserva fraccionaria genera créditos sin respaldo de ahorro real que impactan en la economía generando graves decisiones de inversión -colateral de los depósitos- lo cual provoca una insolvencia inmediata de las instituciones financieras y la incapacidad de hacer frente a las retiradas inmediatas de sus depósitos y diversos compromisos (si es que no existe el apoyo del banco central como prestamista de última instancia).

Argumento subsidiario: aunque se cumpliera la “ley de los grandes números” (que no se cumple), sería un contrato aleatorio (no sería ni contrato de depósito ni contrato de préstamo)

Aunque se admitiera a efectos dialécticos la “ley de los grandes números” (que no se cumple) en la práctica bancaria, el contrato de depósito irregular de dinero basado en un coeficiente de caja de reserva fraccionaria se convertiría en un contrato *aleatorio*⁹⁶⁸. El cumplimiento de la obligación contraída por parte del banco sería un hecho incierto y dependería de los acontecimientos particulares de cada caso concreto. Naturalmente, este argumento es de carácter secundario y subsidiario en relación al resto de argumentos previos mencionados. De hecho, la característica aleatoria presupone que hay una determinada probabilidad de que un grupo de depositantes efectúen una retirada de depósitos mayor al coeficiente de caja del banco y, por tanto, conforme los clientes-depositantes vayan retirando las sumas monetarias, llegará un momento en el cual no se podrán hacer frente las consecuentes demandas de efectivo de aquellos últimos depositantes. Por consiguiente, los clientes-depositantes no tienen pensado realizar este tipo de contrato *aleatorio* el cual está sometido a las circunstancias específicas en cada caso concreto de modo y tiempo. Así, pues, caben dos soluciones: o el contrato es de imposible cumplimiento (el banquero no puede hacer frente a las retiradas masivas de depósitos en un sistema de coeficiente de caja de reserva fraccionaria) o la supuesta autorización implícita⁹⁶⁹ o expresa realizada por los depositantes no tiene efectividad jurídica puesto que la causa esencial del contrato jurídico sigue siendo la guarda y custodia del *tantundem*, es decir, la exigencia de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien⁹⁷⁰.

⁹⁶⁸ Véase Carlos Lasarte Álvarez, *Principios de Derecho Civil*, tomo tercero, décima edición, Marcial Pons, Madrid, 2007, cap. XXI, pp. 417-436.

⁹⁶⁹ La causa esencial de la guarda y custodia del *tantundem* del contrato de depósito irregular es incompatible con la autorización por parte de los depositarios-banqueros de utilizar los fondos monetarios depositados por los clientes depositantes. Por consiguiente, *la supuesta autorización implícita o expresa es irrevalente en el contrato de depósito irregular pues sigue conservando su característica más esencial, es decir, la guarda y custodia del tantundem*.

⁹⁷⁰ El gran jurista Felipe Clemente de Diego ha desarrollado un estudio sobre el contrato de depósito irregular de títulos-valores (plenamente aplicable al depósito irregular de dinero) en el cual critica el uso de un sistema de coeficiente de caja de reserva fraccionaria y el empleo de las títulos entregados por los clientes-depositantes. Clemente de Diego expone dice así: “tiene el inconveniente de conducirnos al descubrimiento de un *monstruo* que, por serlo, carecerá de viabilidad en Derecho, como las criaturas que

Argumento subsidiario II: el banquero ofrece al titular de un depósito “a plazo” (un contrato de préstamo o mutuo) la posibilidad de retirar el dinero o la suma monetaria en cualquier momento, por escrito o verbalmente, garantizando la plena disponibilidad del tantumdem: contrato nulo por tener causas fundamentalmente incompatibles

Puede ser que muchos depositantes puedan tener la voluntad y ser conscientes de transformar un contrato jurídico de depósito irregular de dinero en un contrato de préstamo lo cual es plenamente legítimo y conforme a Derecho. Lógicamente, la novación hacia un contrato de préstamo produce la pérdida de la plena disponibilidad, posesión y propiedad de la cosa fungible correspondiente durante un período de tiempo determinado y a cambio de un tipo de interés más o menos elevado. No obstante, la práctica bancaria habitual se encamina por otra vía; es decir, la novación del contrato se origina en sentido contrario ya que muchos depósitos “a plazo”⁹⁷¹ -es decir, contratos de préstamo o mutuo- se convierten en depósitos irregulares de dinero. Es decir, los banqueros ofrecen una restitución inmediata hacia aquellos titulares de depósitos “a plazo” por escrito o verbalmente, sin ninguna o muy pequeña penalización financiera. En definitiva, el titular del depósito “a plazo” cree subjetivamente que el banquero ofrece un contrato de depósito de dinero a la vista a través del cual tiene plena disponibilidad de la suma monetaria depositada para exigir el requisito de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien, con independencia de cuál sea el ropaje jurídico del contrato.

se engendran con desviaciones esenciales de la naturaleza humana (*monstrua prodigia*), a las que el Derecho romano no reconocía personalidad jurídica, cuyo sentido atenuado inspira al Código Civil español a declarar en el artículo 30: ‘para los efectos civiles, sólo se reputará *nacido* al feto que tuviere *figura humana*’ Y es que a todo ser corresponde una propia naturaleza, suya, y cuando ésta no se encuentra en él, sino que se extrae de otros seres con los que está en más o menos próxima relación de semejanza, no parece sino que aquella naturaleza propia suya huye y se desvanece de él y deja de investirle, reduciéndole a ser un híbrido, monstruoso, rayano en el *no ser*”. *La cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el Mercado Libre de Valores de Barcelona*, Delgado Sáez, Madrid 1936, pp. 370-371. Véase igualmente a Pasquale Coppa-Zuccari, “La natura giuridica del deposito bancario”, *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, vol. IX (nueva serie), Módena 1902, pp. 441-472.

⁹⁷¹ José Luis García-Pita y Lastres “Los depósitos bancarios de dinero y su documentación”, publicado en *La Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, octubre-diciembre de 1993, pp. 991 y ss. Por el contrario, el profesor García-Pita no identifica el contrato de depósito “a plazo” con el contrato de préstamo o mutuo desde un punto de vista jurídico y económico.

La salida en falso a través de un nuevo concepto de disponibilidad (segundo grupo de juristas): un sistema jurídico basado en un mandato administrativo (privilegio) y la existencia de un organismo de planificación central (el banco central)

A pesar de que existe un grupo doctrinal que identifique el contrato de depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo o mutuo, hay otro grupo de juristas convencidos de que tal identificación es sumamente forzada pues la naturaleza jurídica entre ambos contratos jurídicos es totalmente diferente y diversa. De todos modos, este grupo de teóricos y juristas han intentado configurar un nuevo concepto de disponibilidad que no exige la guarda y custodia del *tantundem* en sentido formal, a saber, permite el ejercicio de un sistema bancario y financiero de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria. Este nuevo concepto de disponibilidad⁹⁷² (en contra de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien) comprende que el contenido del depósito pueda ser utilizado por el depositario para sus usos particulares en un sentido “laxo” a través del uso “prudente” de los recursos existentes que permitan una solvencia “genérica” al depositario en caso de restituir todos los depósitos correspondientes. Además, este nuevo concepto doctrinal de disponibilidad se llevará a cabo mediante unos coeficientes de liquidez y de inversiones que, junto con la correspondiente maraña legislativa y administrativa y el supuesto de la “ley de los grandes números”, pueda ser capaz de hacer frente a las retiradas de depósitos en circunstancias normales. Parece ser que Garrigues desarrolla éste concepto acerca de la obligación de disponibilidad pues ésta “se transforma en una obligación de diligencia consistente en el empleo prudente y cuidadoso de las cantidades recibidas, para estar siempre en disposición de restituirlas al cliente”⁹⁷³ y, siguiendo a Isidoro La Lumia, afirma que el depositario no estaría “obligado a tener en su poder el *tantundem* de la

⁹⁷² Se ha argumentado que la noción de disponibilidad, como sustitutiva de la custodia en el depósito bancario de dinero, no comprende la obligación del depositario de tener en su poder el *tantundem* de la suma depositada (coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien) en sentido teórico, sino exclusivamente emplearla de manera prudente para estar siempre en situación de restituirla cuando le sea reclamada. En conclusión, ésta vendrá integrada por un conjunto de comportamientos y actividades económico-financieras tendentes a cumplir la capacidad de restitución inmediata o, en su caso, aplazada, partiendo de la base de que los fondos recibidos no permanecen en poder de la entidad materialmente sino que son empleados en la realización de operaciones activas (préstamos, descuento de letras de cambio, etcétera), véase para más información José Luis García-Pita y Lastres, “El depósito bancario de efectivo”, en AAVV, *Contratos bancarios y parabancarios*, Valladolid, 1998, p. 908.

⁹⁷³ Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, Madrid 1975, p. 375.

suma depositada, sino exclusivamente a emplearla de manera prudente y líquida para estar siempre en situación de restituirla cuando le sea reclamada”⁹⁷⁴. Así, Garrigues sostiene que “el elemento de la custodia viene a ser sustituido en el depósito bancario por el elemento técnico del cálculo de probabilidades respecto de las retiradas de los depósitos. Este cálculo de probabilidades descansa a su vez en el carácter de operaciones en masa que tienen los depósitos bancarios”⁹⁷⁵. Efectivamente, el contrato de depósito irregular de dinero es incompatible con el nuevo concepto de disponibilidad que consiste en un uso “prudente” de los recursos y el nivel de solvencia del depositario-banquero. Como ya se ha indicado en varias ocasiones, la causa esencial del contrato jurídico de depósito irregular de dinero es la guarda y custodia del dinero en todo momento. Por tanto, los depositantes no pueden depender de los niveles de “liquidez”, “solvencia” y “confianza” en el banquero por lo que, en el caso en el cual el banquero no sea totalmente prudente en sus operaciones activas, los depositantes que, en un primer momento confían en la plena disponibilidad de su dinero, se transforman en prestamistas forzados hasta que el banquero liquide todas sus posiciones financieras y devuelva los depósitos de dinero a la vista a sus clientes-depositantes. Finalmente, es comprensible perfectamente que Joaquín Garrigues, aunque en última instancia admitiera este nuevo concepto de disponibilidad, reconociera que la doctrina “se ve obligada a sustituir el concepto tradicional de custodia por un concepto *ad hoc*, cuya solidez es harto dudosa”⁹⁷⁶.

De esta manera, si la redefinición del concepto de disponibilidad se basa en conceptos tan vagos como un uso “prudente” o “solvente” de las sumas monetarias depositadas sin garantizar la causa esencial del depósito irregular de dinero -guarda y custodia del dinero depositado-, parece obvio que el cálculo de probabilidades y la “ley de los grandes números” no asegura tampoco el cumplimiento de la restitución de los depósitos de acuerdo con las circunstancias aleatorias correspondientes, por lo que el contrato jurídico se convertiría en un *contrato aleatorio*. Es más, este carácter aleatorio, que no cumple la causa esencial de guarda y custodia del *tantundem*, provoca que

⁹⁷⁴ Ibídem, p. 365.

⁹⁷⁵ Ibídem, p. 367.

⁹⁷⁶ Ibídem, p. 365.

muchos depositantes tengan pérdidas de confianza en las instituciones financieras y se animen a retirar los depósitos de dinero a la vista en cualquier momento de desconfianza. En definitiva, *la institución jurídica del depósito irregular de dinero con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria, es decir, sin cumplir la causa esencial de guarda y custodia del tantumdem en el caso de depósito irregular de dinero, necesita la existencia de un banco público central que se comprometa a dotar de la liquidez necesaria a los bancos en cualquier momento de crisis financiera mediante el establecimiento de normas de curso legal y forzoso y la obligatoriedad de aceptación de papel moneda*. Todo este entramado de legislación administrativa que faculta a las instituciones financieras a captar depósitos de dinero a la vista con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria bajo la atenta vigilancia de un banco central público, permite, en contra de las normas tradicionales del derecho civil y mercantil, dar carta de naturaleza jurídica a una institución jurídica tan monstruosa como es el depósito irregular de dinero con un coeficiente de reserva fraccionaria. Precisamente, resulta curioso cómo el legislador restringe y, al mismo tiempo, protege a las instituciones financieras mediante un complejo marco normativo⁹⁷⁷ a cambio de que éste autorice la creación de un banco central público para que actúe como prestamista de última instancia. Sin lugar a dudas, la relación entre gobiernos y bancos⁹⁷⁸ ha experimentado relaciones íntimas durante muchos siglos por lo que el negocio producido es sumamente jugoso para ambos: es decir, el Estado otorga a las instituciones financieras el

⁹⁷⁷ La nueva noción de disponibilidad, como sustitutiva de la custodia clásica, está regulada por ciertas normas de derecho administrativo-económico bancario para la inversión “prudente” de sus recursos impuestas a los bancos-depositarios así como también algunas reglas en torno a coeficientes de liquidez, reservas fraccionarias, entre otros. Algunos autores discuten si estas reglas normativas forman parte o no de una obligación contractual de carácter patrimonial en interés del depositante o, por el contrario, son normas de tipo administrativo/público que excede abiertamente el ámbito estrictamente contractual. Véase para más información Rafael Flores Micheo, “El depósito irregular”, *Revista de Derecho Privado*, 1963, p. 760; José Luis García-Pita y Lastres, “El depósito bancario de efectivo”, en AAVV, *Contratos bancarios y parabancarios*, Valladolid, 1998, p. 906 y Vicent Chuliá, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo II, tercera edición, Barcelona, 1990, p. 433.

⁹⁷⁸ Jesús Huerta de Soto dice así: “De esta manera se inicia la relación de complicidad y la coalición de intereses que ya es tradicional que exista entre gobiernos y bancos, y que explica las relaciones de íntima “comprensión” y “cooperación” que existen entre ambos tipos de instituciones y que hasta hoy en día se han apreciado con pequeñas diferencias de matiz en todos los países occidentales y en casi todas las instancias. Y es que los banqueros y el gobierno pronto se dieron cuenta de que el incumplimiento en el depósito de los principios tradicionales del derecho daba lugar a una actividad financiera altamente lucrativa para ellos, pero que exigía la existencia de un prestamista de última instancia, o banco central, que proporcionase la necesaria liquidez en los momentos de apuro, que la experiencia demostraba que siempre, tarde o temprano, se repetían”, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, Unión Editorial, Madrid, 2002, segunda edición, cap. III, p. 125.

monopolio de la creación de dinero a cambio de que éste financie sus diversas actividades (guerras, genocidios, compra de votos públicos, clientelismo político, etcétera) en los momentos en que sea preciso. La relación peligrosa entre estas dos instituciones ha sido denunciado por F.A. Hayek mediante las siguientes palabras: “la historia del tratamiento del dinero por parte del gobierno ha sido un incesante ejemplo de fraude y decepción. A este respecto, los gobiernos se han mostrado mucho más inmorales que cualquier institución privada que haya podido ofrecer dinero competitivo”⁹⁷⁹.

El contrato es nulo por producir graves perjuicios a terceros (crisis económicas agravadas por el banco central), muy superiores a los daños que causa el falsificador de moneda

Así es, aunque a efectos reales pueda existir un sistema bancario que permita el incumplimiento de la causa esencial del contrato jurídico del depósito irregular de dinero con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria mediante normas de curso legal y forzoso y bajo la vigilancia de un banco central público, los mecanismos de cooperación social no pueden evitar las consecuencias económicas producidas por la violación sistemática del derecho de propiedad en el caso del depósito irregular de dinero. Tal y como se ha mencionado previamente, es cierto que se puede garantizar la devolución de los depósitos de dinero a la vista con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria si el banco central público crea la liquidez necesaria para hacer frente la retirada de depósitos efectuado por los depositantes en cualquier momento de pánico o crisis financiera. Sin embargo, *el banco central público no puede obviar que la emisión de medios de pago (pasivos), creada por un sistema bancario de reserva fraccionaria, produzca la disminución del poder adquisitivo de la unidad monetaria según las unidades monetarias depositadas originariamente*. El profesor Jesús Huerta de Soto explica este grave proceso producido por el banco y los efectos económicos devastadores a través del modo siguiente: “Las negativas consecuencias sociales de este *privilegio* [la creación del banco central] concedido a los banqueros (pero no a ningún

⁹⁷⁹ F.A. Hayek, *La fatal arrogancia: los errores del socialismo*, Unión Editorial, Madrid 1990, p. 169.

otro individuo o entidad) no fueron, sin embargo, plenamente comprendidas hasta que las teorías monetaria y del capital avanzaron suficientemente dentro de la ciencia económica, y fueron capaces de explicar la aparición recurrente de los ciclos económicos. En particular, [...], *los teóricos de la Escuela Austriaca de Economía han puesto de manifiesto que empeñarse en perseguir el objetivo teóricamente contradictorio (desde el punto de vista jurídico-contractual y técnico-económico) de ofrecer un contrato constituido por elementos esencialmente incompatibles entre sí, que trate simultáneamente de combinar las ventajas de los contratos de préstamo o mutuo (y en especial la que consiste en la posibilidad de obtener interés de los “depósitos” realizados) con las del contrato tradicional de depósito irregular de dinero (que por definición ha de permitir su retirada al valor nominal en cualquier momento), tarde o temprano, pero siempre de manera ineludible, ha de producir unos inevitables ajustes espontáneos, en forma, en un primer momento, de expansiones de la oferta monetaria (materializadas en la creación de créditos que no corresponden a un incremento efectivo del ahorro voluntario), surgimiento de la inflación, mala asignación generalizada de los escasos recursos productivos de la sociedad a nivel microeconómico y, en última instancia, recesión, liquidación de los errores inducidos por la expansión crediticia sobre la estructura productiva, y paro masivo*”⁹⁸⁰.

El contrato es nulo por ir contra de los Principios Generales del Derecho

Si, a pesar de no ser aceptadas todas las posibilidades de calificación jurídica del contrato de depósito bancario con reserva fraccionaria, la última calificación jurídica posible para declarar nulo este contrato jurídico es el incumplimiento de los principios generales del Derecho. Así es, el principio general del Derecho en el caso del depósito irregular de dinero exige cumplir con la causa o motivo esencial de la guarda y custodia del *tantundem*, esto es, en términos, el cumplimiento escrupuloso de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien.

⁹⁸⁰ Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, Unión Editorial, Madrid, 2002, segunda edición, cap. III, pp. 125-126, (las cursivas son mías).

**NUEVE POSIBILIDADES DE CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO
DE DEPÓSITO BANCARIO CON RESERVA FRACCIONARIA⁹⁸¹**

1. Hay *engaño o fraude*: delito de apropiación indebida y el contrato es nulo (origen históricamente viciado del contrato de depósito bancario de dinero de acuerdo con el capítulo II de este trabajo)
2. No hay engaño, pero hay *error in negotio*: contrato nulo
3. No hay *error in negotio*, pero cada parte contratante conserva su causa típica en el contrato: contrato nulo por tener causas fundamentalmente incompatibles
4. Aunque se acepte la compatibilidad de causas incompatibles, el contrato es nulo por ser imposible su cumplimiento mediante la suscripción masiva de contratos y la “ley de los grandes números” (si no existe un prestamista de última instancia, esto es, un banco central)
5. Argumento subsidiario: aunque se cumpliera la “ley de los grandes números” (que no se cumple), sería un *contrato aleatorio* (no sería ni contrato de depósito ni contrato de préstamo)
6. Argumento subsidiario II: El banquero ofrece a titular de un depósito “a plazo” (un contrato de préstamo o mutuo) la posibilidad de retirar el dinero o la suma monetaria en cualquier momento, por escrito o verbalmente, garantizando plena disponibilidad del tantumdem: contrato nulo por tener causas fundamentalmente incompatibles
7. La salida en falso a través de un nuevo concepto de disponibilidad (segundo grupo de juristas): un sistema jurídico basado en un mandato administrativo (*privilegio*) y la existencia de un organismo de planificación central (*el banco central*)
8. El contrato es nulo por producir *graves perjuicios a terceros* (crisis económicas agravadas por el banco central), muy superiores a los daños que causa el falsificador de moneda
9. El contrato es nulo por ir contra de los Principios Generales del Derecho

El análisis efectuado en los capítulos anteriores acerca del contrato jurídico de depósito irregular de dinero es aplicable perfectamente a cualquier contrato jurídico que simule un depósito de dinero a la vista, con independencia de la vestimenta jurídica que éste tenga o de sus características más especiales. En efecto, todo el análisis teórico, histórico y ético efectuado de modo previo es una ayuda y guía imprescindible para identificar muchos contratos jurídicos que simulan contratos de dinero a la vista en el

⁹⁸¹ Cuadro modificado y ampliado del libro de Jesús Huerta de soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, Unión Editorial, Madrid, 2002, segunda edición, cap. III, p. 126.

complejo tráfico mercantil actual, ya sea garantizando la continua custodia y disponibilidad del *tantundem* o bien ante contratos de naturaleza contradictoria y fraudulenta. Una de las operaciones más comunes para encubrir depósitos de dinero a la vista con la intención de utilizar dinero en beneficio propio y en perjuicio de los demás es la operación con pacto de recompra.

Las operaciones con pacto de recompra

Hay operaciones jurídicas que, simulando un contrato jurídico de depósito de dinero a la vista, ofrecen una disponibilidad permanente e inmediata con el único objetivo de captar fondos monetarios por parte del público de modo masivo y así utilizarlos para beneficio propio o invertirlo en otras operaciones financieras. En este sentido, este tipo de contratos jurídicos se llaman *operaciones con pacto de recompra*, en las cuales una de las partes contratantes se obliga a recomprar el título, derecho, activo financiero o cualquier tipo de bien imaginable (p.e.; sellos, cuadros, árboles -cerezos, nogales-) a un *precio prefijado* a la otra parte contratante, con la condición de adquirirlo al mismo precio al que originariamente se compró y a restituirlo en cualquier momento en que sea solicitado por el segundo. Así es, estos tipos de contratos jurídicos ocultan un verdadero depósito irregular de dinero (un depósito de dinero a la vista), en la cual una de las partes contratantes garantiza la plena disponibilidad del dinero mientras que, por otro lado, la otra parte contratante está utilizando aquellos recursos monetarios en negocios propios o ajenos. Por tanto, todas estas operaciones comerciales y jurídicas en las que una de las partes contratantes garantice la plena “disponibilidad” del dinero esperando obtener altas rentabilidades sin tener que renunciar a bienes presentes a cambio de bienes futuros son, a efectos reales, un contrato de depósito de dinero a la vista por lo que requiere, en términos bancarios, *un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien*. Todos estas acciones fraudulentas son mucho más comunes de lo que se puede pensar en un primer momento; muchos futuros clientes entregan sus unidades monetarias con el convencimiento inicial de recuperar la total disponibilidad de su dinero y reclamarlo en cualquier momento, esto es, ejercitando *la opción del pacto de recompra*. La historia reciente muestra cómo han ocurrido tantos engaños de este tipo

de negocios en las últimas décadas, a saber, entre otros, los conocidos casos de Afinsa, Forum Filatélico⁹⁸², Bosques Naturales y Arte y Naturaleza.

Otros casos fronterizos de verdaderos depósitos simulados: cesiones temporales de activos, deuda subordinada, bonos, pagarés y participaciones preferentes

Hay otros casos muy cercanos que explican simulaciones de contratos de depósito irregulares de dinero, esto es, depósitos de dinero a la vista y que exigirían un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien. De este modo, por ejemplo, muchas instituciones se dedican a mantener el valor de sus títulos representativos en los diferentes mercados de valores con la única finalidad de enviar un mensaje al mercado de que hay una compra “asegurada”, “permanente” y “garantizada” del valor de los mismos en Bolsa a un precio determinado en cualquier momento en el que éstos sean vendidos. De hecho, muchas instituciones financieras practican este tipo de operaciones simuladoras de depósito de dinero a la vista mediante la inversión de títulos, valores, acciones o cualquier tipo de activo financiero imaginable, siempre garantizando una disponibilidad inmediata del dinero invertido. Un claro ejemplo de este tipo de operaciones son las operaciones “repos” o las cesiones temporales de activos. Este tipo de operaciones son un producto que ofrecen las entidades de crédito para captar fondos del público en el cual una parte contratante (el cliente) entrega una cantidad de dinero a la entidad financiera y ésta adquiere para usted, o le vende de su propia cartera, unos determinados valores (normalmente deuda pública o valores del tesoro),

⁹⁸² En efecto, el Estado no incurrió en responsabilidad patrimonial por las estafas de Forum Filatélico y Afinsa. El Tribunal Supremo ha declarado en la Sentencia de 13 de diciembre de 2010 (recurso de casación n.º 1416/2010), la cual confirma la Sentencia desestimatoria dictada por la Audiencia Nacional en uno de los recursos deducidos contra la resolución de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia, por la que se desestimó la reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la actividad desarrollada por Forum Filatélico (de 9 de octubre de 2008). En este caso, el Tribunal Supremo (TS) ha tenido el acierto de librarnos de pagar con nuestros impuestos cerca de cinco mil millones de euros a todos aquellos clientes que invirtieron mal en Afinsa y Fórum Filatélico. Tal suceso habría sido una tremenda injusticia colectivista pues el Estado suele estar acostumbrado a emplear el dinero ajeno de los contribuyentes con frecuencia para contentar a los grupos de presión organizado que más ruido hacen. Los inversores deben asumir el riesgo de su inversión y no permitir que sus pérdidas sean asumidas por el resto de los contribuyentes. Aquellos individuos que decidan invertir su dinero mediante una transacción claramente mercantil (compra de bienes tangibles con pacto de recompra) en términos de la propia sentencia del Tribunal Supremo, no pueden exigir *a posteriori* los controles especiales que las leyes establecen para el mercado de valores. Por consiguiente, la libertad implica responsabilidad, es decir, asunción de costes.

comprometiéndose a recomprárselos por un importe mayor en una fecha posterior. En este sentido, otro ejemplo significativo que también simula un contrato de depósito de dinero a la vista son las operaciones de *opciones*⁹⁸³. Una opción es un contrato que da el derecho, que no la obligación, de comprar o vender en una fecha o hasta una fecha una determinada cantidad de una cosa o activo. Si el derecho es de compra, la opción se denomina *Call* y si es de venta *Put*. Asimismo, las opciones pueden ser de dos tipos: por un lado, si el derecho es hasta una fecha la opción se adjetiva de “americana” y si el derecho es en una fecha fija se llama “europea”. Por consiguiente, una opción de venta (*put*) americana (hasta una fecha determinada) que permite ejercitar la citada opción de venta de un título a un precio preestablecido igual al que se pagó en el momento inicial hasta una fecha determinada equivale a un depósito de dinero a la vista y, por consiguiente, exige un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien. Igualmente, hay otros productos financieros que ocultan o falsean depósitos bancarios como, por ejemplo, deuda subordinada, bonos, pagarés y participaciones preferentes. No es extraño atestiguar que muchos de estos tipos de instrumentos financieros se comercializan y se venden como depósitos a plazo -aunque como ya se ha explicado son verdaderos contratos de préstamo o mutuo- en los cuales se garantiza la disponibilidad del dinero y su inmediata restitución (sin penalización financiera o a cambio de un importe muy pequeño), lo que exigiría, en términos bancarios, la obligación de un coeficiente de caja del cien por cien igualmente.

El primero de este tipo de contratos jurídicos que simulan depósitos a la vista es la deuda o también bonos subordinados. Este tipo de producto financiero son títulos de renta fija cotizados en el mercado secundario y su rentabilidad depende la existencia de beneficios por parte de la entidad financiera y al cumplimiento de los coeficientes de capital. Por tanto, si el Banco emisor baja su solvencia por debajo de un nivel determinado, entra en pérdidas o no alcanza unos beneficios establecidos en el contrato, el titular de este producto financiero se queda sin la rentabilidad económica mediante el cupón pactado al efecto. Naturalmente, hay diferentes tipos de deudas subordinada

⁹⁸³ Véase el completo y didáctico libro efectuado por el Profesor Rubén Manso Olivar, *Los malvados derivados financieros*, Every View Ediciones, Madrid, 2011, tema primero, pp. 11-38; 79-97 y especialmente las páginas 27-31.

desde la más alta calidad y con preferencia en el orden de cobro en caso de quiebra (Upper Tier II) hasta la deuda subordinada de más baja calidad y último en el caso de concurso de acreedores (Lower Tier II). Este tipo de producto es de alto riesgo y fueron vendidos entre los años 2007 y 2010 ampliamente. Sin embargo, desde el punto de vista de este epígrafe, es preciso indicar que este tipo de producto financiero se ha vendido según el esquema mencionado previamente, a saber, garantizando la plena disponibilidad y restitución del dinero a petición del solicitante, por lo que dista mucho de ser un depósito de dinero a la vista. El segundo producto financiero ha sido uno de los productos más conocidos de las entidades financieras: los pagarés. Este producto ha sido ofrecido como depósitos de dinero a la vista a una gran cantidad de clientes por parte de muchas instituciones financieras (sin la exigencia de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien) aunque ambos contratos jurídicos tienen características muy diferentes. Los pagarés no son depósitos ni deben considerarse como tales, ya que no son líquidos hasta vencimiento (a veces no se puede conseguir el capital ni pagando comisiones) y tampoco están protegidos por el Fondo de Garantía de Depósitos, si lo hubiere. Los pagarés son un título de renta fija lo cual comprende que pasan a negociarse en un mercado secundario -donde hay muy pocas operaciones- una vez colocados en el primario. Si el inversor mantiene su posición hasta el vencimiento (entre tres y dieciocho meses), la entidad financiera se compromete a devolver el cien por cien del capital invertido más el interés pactado (como mucho el tres o cuarto por ciento). Por contra, si el inversor decide recuperar la disponibilidad de su dinero antes de tiempo y recuperarlo en su integridad, el inversor tiene serios problemas para recuperarlo. Así, el titular de los pagarés daría orden para venderlos en el mercado secundario por lo que el precio de venta del pagaré respecto al precio de compra puede ser superior o inferior, a pesar del cobro de la correspondiente comisión del intermediario más la comisión de venta. Normalmente, este tipo de productos tienen muy poca negociación y, en la mayoría de los casos, el precio de venta es inferior al precio de compra lo que implicaría futuras pérdidas. Del mismo modo, sucede lo mismo con el producto financiero llamado “Bono” que también garantizaba una amplia disponibilidad del dinero y su restitución inmediata en el momento en que fuera reclamado lo que, a efectos reales, supone un depósito de dinero a la vista y la natural exigencia de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien. La única

diferencia existente radica en el plazo pues los pagarés se emiten hasta los dieciocho meses y los bonos se emiten a partir de los dos años (o incluso, uno, dos, diez, quince o hasta treinta años). La entidad financiera fija el plazo y el titular del producto puede recuperar el capital e interés si no toca su dinero hasta el vencimiento. Por contra, el inversor soportará pérdidas si decide recuperar su dinero antes de tiempo. Los bonos simples cotizan en el mercado secundario donde existe un precio de negociación que suele ser inferior al precio de compra y conllevará pérdidas muy seguramente. Las comisiones son altas y, sobre todo, hay diferentes tipos de bonos que distan de ser un depósito de dinero a la vista muy claramente. Por último, el caso más paradigmático en la historia de la España reciente, y que ha sido una de las consecuencias provocadas por la expansión crediticia y por las innovaciones financieras jurídicas que falsean contratos de depósito de dinero a la vista mediante la venta de productos financieros, son las participaciones preferentes. Aquí, el esquema es el mismo que los mencionados anteriormente ya que una gran cantidad de dinero nominal captado a través de la emisión de participaciones preferentes procedía de depósitos a la vista o de depósitos a plazo. Los clientes de estos productos financieros tenían la percepción subjetiva de que la devolución del capital estaba asegurada en cualquier momento, con ninguna o una muy pequeña penalización y con un amplio margen de maniobra para rescatar el dinero invertido. Lamentablemente, muchos ciudadanos pusieron sus ahorros sin comprender el funcionamiento real de estos productos financieros esperando obtener sustanciosas rentabilidades sin riesgo alguno y, por consiguiente, a pesar de simular un contrato de depósito de dinero a la vista en la práctica, no se mantuvo la exigencia de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien.

Consideraciones sobre el papel de los productos de financiación estructurada: ABS, ABCP, CDO y CDS

La existencia de un conjunto de productos financieros complejos que pertenecían al campo de las finanzas estructuradas existentes⁹⁸⁴ ha tenido un papel esencial en el

⁹⁸⁴ Los principales productos de financiación estructurada son: Bonos de titulización de activos (ABS); pagarés de empresa respaldados por activos (ABCP); Obligaciones garantizadas por deuda (CDO) y, por

último ciclo económico vivido. El objetivo de este tipo de instrumentos es el de reordenar los flujos de caja de una cartera de activos para modificar su rentabilidad o riesgo. En efecto, muchos agentes e instituciones financieras degradan su posición financiera y aumentan sus riesgos de modo insostenible a cambio de incrementar su rentabilidad económica a corto plazo extraordinariamente, por lo que estos productos de financiación estructurada servirán para, o bien reforzar las anteriores, maximizando la rentabilidad a costa de deteriorar su solvencia financiera respecto a la capacidad de restituir sus obligaciones a corto plazo (esto es, los depósitos de dinero a la vista) o aumentar su riesgo, o bien para tratar de compensar o contrarrestar las principales consecuencias inevitables de la expansión crediticia fiduciaria provocada por un sistema bancario con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria. Este breve análisis toma como base el estudio pormenorizado y exhaustivo la lista de características comunes de este tipo de productos de financiación estructurada que señala el doctor Juan Ramón Rallo en su tesis doctoral⁹⁸⁵. La financiación estructurada surge con el propósito de modificar las características de rentabilidad o riesgo de un conjunto de activos y para ello recurre a cambiar su estructura jurídica, de modo que: a) este conjunto de activos se agrupe en torno a un fondo, b) los derechos de cobro sobre los flujos de caja de ese fondo queden divididos en una serie de tramos (tranches) que pasan a ser vendidos a los inversores finales y c) el antiguo propietario de los activos se desvincula total o parcialmente de su riesgo, que ha sido traspasado a los inversores finales de los tramos a través de la participación de una sociedad instrumental⁹⁸⁶. Como ya se ha explicado de modo previo, un bien de capital proporciona una corriente futura de rendimientos⁹⁸⁷ (o flujos de caja) a lo largo de su vida, salvando naturalmente la amortización que es la expresión contable de la depreciación. Con la financiación estructurada, lo que se pretende es o enajenar la totalidad de esos flujos de caja a otros ahorradores (por

último, las permutas de incumplimiento crediticio (CDS) o más conocidas como seguro contra riesgo de impago.

⁹⁸⁵ Véase el apartado B denominado “La financiación estructurada” de la tesis doctoral del economista Juan Ramón Rallo la cual lleva por título “Una aplicación de la teoría del ciclo económico desde la perspectiva de la escuela austriaca a la gran recesión”, defendida en Madrid, el 9 de marzo de 2011.

⁹⁸⁶ Véase el trabajo de Sarai Criado, Adrián van Ritsel, *La financiación estructurada y las turbulencias financieras de 2007-2008: Introducción general*, Documentos Ocasionales N.º 0808, Banco de España, Madrid, 2008.

⁹⁸⁷ F.A. Hayek, “The Maintenance of Capital”, *Economica*, vol. II, agosto de 1934. Este artículo está incluido como capítulo III en *Profits, Interest and Investment*, Augustus M. Kelley, Clifton, 1975, pp. 83-134.

ejemplo, con la titulización⁹⁸⁸ o los CDO) o enajenar alguno de los componentes de esos flujos de caja, como podría ser el riesgo de que esos flujos desaparezcan (en el caso de un CDS o CDO sintético). Así es, la financiación estructurada es un mecanismo muy útil para redistribuir el capital entre los agentes económicos de acuerdo con su preferencia temporal y aversión al riesgo, incrementando pues la coordinación dentro de la división del trabajo. Además, al permitir modificar las características de los activos, éstos pueden ser enajenados a inversores que previamente no ahorran por no encontrar ningún producto que fuera compatible con su preferencia temporal y aversión al riesgo. Por tanto, si a través de la financiación estructurada se logra incrementar la rentabilidad de los productos disponibles (añadiendo a una cartera activos de superior rendimiento), anticipar sus flujos de caja (mediante la titulización de un conjunto de activos) o reducir su riesgo (mediante la diversificación de los activos o la adquisición de un CDS), o se reducirá el wacc exigido para un conjunto de activos o aumentará su ROA, es evidente que el ahorro y la inversión se incrementarán, redundando en beneficios para toda la economía⁹⁸⁹. Naturalmente, en el caso de las titulizaciones clásicas, los flujos de caja entrantes tienen que estar casados perfectamente con los flujos de entrada salientes para que sean sostenibles y no generen endógenamente un ciclo económico, esto es, una expansión del crédito artificial sin base de ahorro real. La financiación estructurada comprende un conjunto de productos para intermediar capitales desde el ahorro hasta la inversión con una sofisticación superior en comparación a los bonos o las acciones. Es decir, en vez de aunar las características de rentabilidad-riesgo en un mismo producto, estos productos de financiación estructurada permiten flexibilizarlos y redistribuirlos entre los agentes en función de sus preferencias temporales y necesidades. En este sentido, no son más que otro producto dentro del mercado de capitales que, como todos, es susceptible de padecer abusos por parte de los agentes económicos mediante el sistema bancario y financiero basado en un coeficiente de caja de reserva fraccionaria.

⁹⁸⁸ Manuel Castilla Cubillas, *Titulización de créditos*, Editorial Civitas, Madrid, 2003.

⁹⁸⁹ Igualmente, véase el apartado B denominado “La financiación estructurada” de la tesis doctoral del economista Juan Ramón Rallo la cual lleva por título “Una aplicación de la teoría del ciclo económico desde la perspectiva de la escuela austriaca a la gran recesión”, defendida en Madrid, el 9 de marzo de 2011.

La aplicación del teorema de la imposibilidad del socialismo al banco central y al sistema bancario de reserva fraccionaria

La existencia de los bancos centrales no ha surgido como consecuencia del resultado del proceso espontáneo y evolutivo del mercado libre, sino como resultado de la intervención deliberada de los poderes públicos y gobiernos en el ámbito bancario y monetario. Así es, la institución de la banca central tiene su origen en el fracaso histórico de los poderes públicos a la hora de defender y definir el derecho de propiedad de los depositantes, es decir, el otorgamiento de la facultad de uso del dinero depositado a la vista que los banqueros reciben en forma de depósitos de sus clientes. El clamor popular por un sistema bancario basado en un coeficiente de caja de reserva fraccionaria permite un poder extraordinario tanto para los bancos como por los gobiernos o poderes públicos en cada momento histórico. Las consecuencias graves de todo proceso bancario en forma de una expansión crediticia, crisis financiera y recesión económica suponen la dejación de las funciones que todo gobierno ha de cumplir, esto es, garantizar que los bancos se sometan bajo los principios tradicionales, universales y generales del derecho respecto a los depósitos de dinero a la vista con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien. Por el contrario, la relación perversa entre gobiernos y bancos se ha ido estrechando muy poco a poco, por lo que ambas instituciones continúan concediéndose privilegios mutuamente. Por un lado, el gobierno legaliza el ejercicio de un sistema bancario basado en un coeficiente de caja de reserva fraccionaria para que la banca obtenga unos beneficios extraordinarios mientras que, por otro lado, el sistema bancario financia todas aquellas promesas de gasto público realizadas desde el poder político (ya sea compra de votos públicos, clientelismo político, guerras, genocidios, etc.). Naturalmente, en su momento, los propios banqueros privados se veían obligados a devolver la retirada masiva de depósitos en ciertos períodos de pánicos financieros en épocas de fuertes crisis financieras. Precisamente, la solución a este problema provoca una simbiosis letal entre los banqueros privados y el Estado lo cual crea la figura del *prestamista de última instancia* con el objetivo de garantizar la supervivencia de todo el entramado financiero y bancario. El Estado

consigue financiación fácil en forma de expansión crediticia artificial y los banqueros privados aceptan la reglamentación privilegiada otorgada por el gobierno de muy buena gana. En este sentido, Vera Smith apunta que “A central bank is not a natural product of banking development. It is imposed from outside or comes into being as the result of Government favours. This factor is responsible for marked effects on the whole currency and credit structure which brings it into sharp contrast with what would happen under a system of free banking from which Government protection was absent”⁹⁹⁰. Por tanto, parece evidente la confluencia de intereses y relaciones íntimas entre la banca y los gobiernos y cómo ambas instituciones permiten que un Banco central asegure la supervivencia de los Bancos privados a cambio de prebendas, controles y tutelas económicas y gubernamentales.

Además, y según la demostración de muchos miembros y teóricos de la Escuela Austríaca de Economía, el teorema de la imposibilidad del socialismo⁹⁹¹ es perfectamente aplicable a la teoría del Banco central. En efecto, los teóricos de la Escuela Austríaca de Economía han demostrado que el sistema bancario y financiero de las economías se ha visto afectado por la coacción institucional y por la concesión múltiple de privilegios los cuales han causado graves efectos de descoordinación social. Como se puede imaginar, el ejercicio de una banca con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria necesita de la existencia de un banco central para garantizar toda la liquidez necesaria en cualquier momento de crisis o pánico financiero, por lo que se da carta de naturaleza al ejercicio sistemático de la coacción institucional en el libre ejercicio de la función empresarial en el campo financiero y bancario así como también se otorgan privilegios a los bancos privados para que pueda realizar sus operaciones bancarias bajo un coeficiente de caja de reserva fraccionaria. El ejercicio sistemático de la coacción institucional en el ámbito financiero y bancario se materializa mediante el cumplimiento de normas de curso legal o forzoso que obligan aceptar la unidad monetaria emitida con carácter monopolista por el banco central como medio liberatorio de pago. Igualmente,

⁹⁹⁰ Vera Smith, *The Rationale of Central Banking and the Free Banking Alternative*, Liberty Press, Indianápolis 1990, p. 169. La cita en español se encuentra recogida en *Fundamentos de la banca central y de la libertad bancaria*, traducción a cargo de José Antonio de Aguirre, Unión Editorial y Ediciones Aosta, 1993, p. 186.

⁹⁹¹ Véase el trabajo del profesor Jesús Huerta de Soto, *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2001.

la coacción institucional del banco central se manifiesta en un entramado de legislación bancaria de tipo administrativo, con el objetivo de controlar a las entidades financieras o de crédito y a ejecutar la política monetaria y económica del país⁹⁹². El profesor Jesús Huerta de Soto ha explicado la naturaleza de este proceso del siguiente modo: “En materia bancaria y crediticia nos encontramos, por tanto, en la misma situación en que hasta hace pocos años se encontraban los países de socialismo real que pretendían coordinar sus decisiones y procesos económicos a través de un sistema de planificación central. Es decir, la “planificación central” ha adquirido carta de naturaleza en el campo bancario y crediticio de las economías de mercado, por lo que es natural que se reproduzcan en esta área todos los efectos de descoordinación e ineficiencia que la teoría del socialismo ha puesto de manifiesto”⁹⁹³. Por tanto, aunque muy brevemente, a continuación se mencionará los escenarios de la aplicación del teorema del socialismo a tres casos distintos de organización intervencionista y / o privilegiada de la actividad bancaria: (a) el caso más general del Banco central que ejerza su tutela sobre un sistema bancario con reserva fraccionaria; (b) el caso del Banco central que actúe sobre un sistema bancario que opere con un coeficiente de caja del 100 por cien; y por último, (c) el caso de un sistema de banca libre (sin regulación y sin banco central) pero que ejerza su actividad de manera *privilegiada*, es decir, con un coeficiente de reserva fraccionaria⁹⁹⁴. En definitiva, la legislación bancaria estará condenada al fracaso mientras que no sea eliminada por todos los países y será sustituida por artículos simples y sencillos en los códigos mercantiles y penales correspondientes, en los cuales se asegure el cumplimiento de la regulación del contrato jurídico del depósito irregular de dinero conforme a los principios tradicionales, universales y generales del Derecho, esto es, el mantenimiento de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien y además se prohíban todos aquellos contratos jurídicos que camuflen o escondan cualquier operación financiera basada en un coeficiente de caja de reserva fraccionaria. De acuerdo con Ludwig von Mises “Lo que se precisa para impedir nuevas expansiones

⁹⁹² Véase el trabajo de Elena Sousmatzian Ventura: “¿Puede la intervención gubernamental evitar las crisis bancarias?”, *Revista de la Superintendencia de bancos y otras instituciones financieras*, n.º 1, Caracas, Venezuela, abril-junio de 1994, pp. 66-87.

⁹⁹³ Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. VIII, pp. 507-508.

⁹⁹⁴ Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. VIII, pp. 508 y ss.

crediticias es someter a la banca a las leyes civiles y mercantiles que constriñen a todos a cumplir sus obligaciones a tenor de las estipulaciones contractuales en su día convenidas”⁹⁹⁵.

Breve análisis crítico de la banca libre con reserva fraccionaria

En las últimas décadas se ha producido un aumento significativo de las viejas doctrinas de la Escuela Bancaria mediante un conjunto de teóricos que defienden un sistema de banca libre con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria⁹⁹⁶. Según estos autores, este sistema de *free banking* garantizaría menos crisis y distorsiones económicas que un sistema de banca central con reserva fraccionaria e, incluso, podría eliminar todos los ciclos económicos por completo. Una parte de estos teóricos de la Escuela “neobancaria” está siendo encabezada por Lawrence H. White⁹⁹⁷, George Selgin⁹⁹⁸,

⁹⁹⁵ Ludwig von Mises, *La acción humana*, séptima edición, traducción de Joaquín Reig Albiol, Unión Editorial, Madrid, 2004, Cap. XVII, p. 530.

⁹⁹⁶ El catedrático de derecho mercantil y penal de la Universidad de Valencia, don Augusto Comas y Arqués (1862-1953), desarrolla una posición a favor de la banca libre con coeficiente de reserva fraccionaria tomando como base la Escuela Bancaria Inglesa. En efecto, el jurista don Augusto Comas y Arqués (1862-1953) afirma, entre otras citas, las siguientes frases: “No faltan, sin embargo, algunos que, conviniendo la imposibilidad de que el Gobierno fije directamente el límite de las emisiones de billetes, creen que éste conseguirá indirectamente el mismo objeto estableciendo de antemano la relación que debe guardar un Banco entre los billetes emitidos y la reserva metálica. Esta idea parte de un supuesto evidentemente equivocado. Supone que la relación entre la emisión y las reservas, a lo cual llamaba Adam Smith *prudencia de un Banco*, puede calcularse *a priori* e independientemente de muchas circunstancias que están variando a cada momento, y que, de todas maneras, sólo aparecían cuando el Banco está en franca y espedita marcha [...] Por lo demás, el argumento tomado de la práctica inglesa es contraproducente. Cuando se habla de reserva metálica, es preciso explicar ante todas cosas, de qué elemento debe componerse esta reserva. El Banco de Londres mantiene como reserva, una parte de los fondos depositados en cuenta corriente por los particulares, y lo que el Gobierno deja momentáneamente disponibles en manos del establecimiento. ¿Puede darse base más insegura? ¿Qué haría mañana el Banco de Inglaterra si tuviese que dar semejantes fondos a cambio de una inmensa masa de billetes presentados repentinamente a la realización? ¿Negaría a los particulares sus depósitos exigibles? ¿Privaría al Gobierno de las cantidades que le reclamase como suyas? No pudiendo hacer ninguna de estas cosas, resulta que la tan ponderada reserva metálica del Banco de Londres es una quimera y que este establecimiento no tiene realmente en sus cajas fondos *proprios* para responder de sus emisiones, [...] El billete, no es moneda, es promesa de moneda, y por mas que el uso de esta promesa facilite los cambios y economice el empleo de numerario, siempre resulta que ambos instrumentos de circulación son radicalmente distintos, y que, como dice perfectamente J. Garnier, son entre sí como el título de un crédito es la mercancía que lo estingue”, véase Augusto Comas y Arqués *Discursos leídos en la Universidad Central...al recibir las investiduras de Doctor, en las Facultades de Filosofía y Derecho, Secciones de Administración y Jurisprudencia*, Imprenta de Isidoro Peciña, Madrid, 1862, pp. 16, 19-20. Igualmente, agradezco al profesor José María de la Cuesta Rute la cita de este libro.

⁹⁹⁷ Véase Lawrence H. White, *Free Banking in Britain: Theory, Experience and Debate, 1800-1845*, Cambridge University Press, Londres y Nueva York 1984; *Competition and Currency: Essays on Free Banking and Money*, New York University Press, Nueva York 1989.

Steve Horwitz⁹⁹⁹, Kevin Dowd¹⁰⁰⁰, David Glasner¹⁰⁰¹, Leland Yeager¹⁰⁰² y Richard Timberlake¹⁰⁰³. Estos teóricos desarrollan la hipótesis del “equilibrio monetario” la cual se propone demostrar que una banca libre con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria se limitaría a acomodar la creación de medios de pago fiduciarios (billetes de banco y depósitos) a la demanda de los mismos por parte del público¹⁰⁰⁴. Este análisis tiene grandes paralelismos a la teoría del reflujo de Fullarton y a muchos argumentos de la Escuela Bancaria respecto a las “necesidades del comercio” puesto que la creación de medios fiduciarios por parte de la banca privada responde a un incremento en la demanda de las “necesidades” de los clientes y comerciantes. Por tanto, la expansión del crédito en forma de billetes y créditos por parte de la banca privada no generaría ciclos económicos si verdaderamente hay una demanda previa por parte de los clientes y comerciantes. Sin embargo, este tipo de posiciones doctrinales obvian muchas consideraciones teóricas que están todavía por resolver, a saber, entre

⁹⁹⁸ Véase George A. Selgin, “The Stability and Efficiency of Money Supply under Free Banking”, publicado en el *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, n.º 143, año 1987, pp. 435-456.

⁹⁹⁹ Stephen Horwitz, “Keynes’ Special Theory”, *Critical Review: A Journal of Books and Ideas*, verano-otoño de 1989, vol. III, nn. 3-4, pp. 411-434. Igualmente ver sus libros *Monetary Evolution, Free Banking and Economic Order*, Westview Press, Oxford 1992 y *Microfoundations and Macroeconomics*, Routledge, Londres 2000.

¹⁰⁰⁰ Véase Kevin Dowd, *The State and the Monetary System*, Saint Martin’s Press, Nueva York 1989; *The Experience of Free Banking*, Routledge, Londres 1992; y *Laissez-Faire Banking*, Routledge, Londres y Nueva York 1993.

¹⁰⁰¹ Véase David Glasner, *Free Banking and Monetary Reform*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; “The Real-Bills Doctrine in the light of the Law of Reflux”, *History of Political Economy*, vol. 24, n.º 4, invierno de 1992, pp. 867-894.

¹⁰⁰² Véase Leland B. Yeager y Robert Greenfield, “A Laissez-Faire Approach to Monetary Stability”, *Journal of Money, Credit and Banking*, n.º XV(3), agosto de 1983, pp. 302-315.

¹⁰⁰³ Véase Richard Timberlake, “The Central Banking Role of Clearinghouse Associations”, *Journal of Money, Credit and Banking*, n.º 16, febrero de 1984, pp. 1-15; “Private Production of Scrip-Money in the Isolated Community”, *Journal of Money, Credit and Banking*, n.º 4, octubre de 1987, (19), pp. 437-447; “The Government’s Licence to Create Money”, *The Cato Journal: An Interdisciplinary Journal of Public Policy Analysis*, vol. IX, n.º 2, otoño de 1989, pp. 302-321.

¹⁰⁰⁴ El profesor Jesús Huerta de Soto dice así: “El argumento, simplifícadamente, se basa en considerar qué sucede si se produce un aumento en la demanda de medios fiduciarios por parte de los agentes económicos suponiendo que permanezcan constantes las reservas en metálico del sistema bancario. En este caso, se razona, disminuiría el ritmo de su canje por las reservas de los bancos, con lo cual éstas se incrementarían y los bancos, deseosos de obtener mayores beneficios y dándose cuenta del aumento experimentado por sus reservas, expandirían el crédito y la emisión de billetes y depósitos, dando lugar a un incremento en la emisión de medios fiduciarios que tendería a adaptarse al aumento *previo* de su demanda. Lo contrario sucede en caso de que se verifique una disminución en la demanda de medios fiduciarios: los agentes económicos retirarán mayores cantidades de reservas para deshacerse de aquéllos, con lo cual los bancos verán peligrar su solvencia y se verán forzados a contraer el crédito y a disminuir la emisión de billetes y depósitos. De esta forma la disminución de la oferta de medios fiduciarios seguirá a la disminución *previa* experimentada en la demanda de los mismos”, Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. VIII, p. 527.

otros¹⁰⁰⁵, una visión macroeconómica de sus análisis respecto a la teoría del “equilibrio monetario”, la confusión entre el concepto de ahorro y demanda de dinero o también la importante ignorancia respecto a los argumentos de tipo jurídico. Por consiguiente, el planteamiento doctrinal¹⁰⁰⁶ de la banca libre con coeficiente de reserva fraccionaria produce una demanda social altísima para la creación de un prestamista de última instancia, el banco central, en caso de crisis y pánicos financieros y, al mismo tiempo, genera unos procesos continuos de expansiones crediticias, burbujas especulativas, crisis financieras y recesiones económicas que precisamente llevan a la aclamación del establecimiento de la intervención pública y estatal a favor del mismo.

7

UNA PROPUESTA DE REFORMA DEL SISTEMA BANCARIO: LA TEORÍA DEL COEFICIENTE DE CAJA DE RESERVA
FRACCIONARIA DEL CIENTO POR CIENTO PARA LOS DEPÓSITOS A LA VISTA Y SUS EQUIVALENTES

El ejercicio de un sistema bancario con un coeficiente de reserva fraccionaria ha provocado que muchos teóricos -juristas y economistas¹⁰⁰⁷ en su mayoría- se hayan

¹⁰⁰⁵ Véase los argumentos desarrollados por Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. VIII, pp. 525-550.

¹⁰⁰⁶ A este respecto es conveniente reseñar cómo se ha desarrollado nuevos argumentos en esta tradición bajo la denominada “Teoría de la Liquidez” y cuyos miembros más destacados son Antal Benjamin Anderson, Melchior Palyi, Charles Rist, Heinrich Rittershausen, Jacques Rueff, Harry Scherman, Felix Somary, Vernon Orval Watts, Henry Parker Willis, Hartley Withers, Antal Fekete y, dentro del ámbito español, los economistas Juan Ramón Rallo y José Ignacio del Castillo. En este sentido, yo mismo he escrito un artículo defendiendo la teoría de la liquidez y, del mismo modo, argumenté que ésta forma parte de la Escuela Austríaca de Economía, véase Fernando Hernández Fradejas, “Liquidez, Interés y Capital”, *Boletín Económico de Información Comercial Española*, Secretaría de Estado de Turismo y Comercio, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, nº3011, pp. 53-61, 2011. De modo resumido, esta teoría afirma que todo sistema bancario y financiero libre con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria no genera ciclos económicos si es que se presta a corto plazo y siempre con letras de cambio de buena calidad. Sin embargo, y gracias la conferencia del Profesor Jesús Huerta de Soto en el Congreso de Economía Austríaco del año 2013, cambié de posición teórica muy recientemente. De este modo, F.A. Hayek critica la teoría neobancaria de descuento de letras de cambio ampliamente y, de modo especial, la teoría del reflujo de Fullarton de la siguiente manera: “Esta resurrección explícita de un error que ya había sido felizmente superado...El impacto de la doctrina de Fullarton que acabamos de esforzar fue especialmente pernicioso... y se echaban por la borda todos los conocimientos ganados con tanto esfuerzo durante el Período de Restricción”, véase F.A. Hayek, “La disputa entre la Escuela Monetaria y la Escuela Bancaria, 1821-1848” en *La tendencia del pensamiento económico*, vol. III de *Obras Completas de F.A. Hayek*, traducción de Eduardo L. Suárez, Unión Editorial, Madrid, 1995, tercera parte, capítulo XII, pp. 249-250.

¹⁰⁰⁷ Ludwig von Mises fue uno de los primeros economistas en establecer un sistema bancario con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien para los depósitos a la vista. Mises expone la defensa de su propuesta en las siguientes obras: *La teoría del dinero y del crédito*, Unión Editorial, Madrid, 2012, tercera parte, cap. XX, pp. 377-379; *On the Manipulation of Money and Credit*, Percy L. Greaves (ed.), Freemarket Books, Nueva York 1978, pp. 57-173; *Money, Method and the Market*

posicionado a favor de un coeficiente de caja del cien por cien. El período de tiempo abarcado puede ser considerable y comprende desde los miembros de la Escuela de Salamanca hasta economistas muy distinguidos de este siglo. Estos teóricos se remontan desde los escolásticos de nuestro siglo de oro Español, David Hume¹⁰⁰⁸ en el siglo XVIII, los teóricos de la Escuela de Jefferson y Jackson durante las décadas posteriores a la fundación de los Estados Unidos de América, pasando por teóricos importantes del siglo XIX (Cernuschi¹⁰⁰⁹ y Modeste¹⁰¹⁰ en Francia, Geyer¹⁰¹¹, Tellkamp¹⁰¹² y Michaelis¹⁰¹³ en Alemania) así como también el patronicio científico de la propuesta por parte de seis Premios Nobel¹⁰¹⁴. Por consiguiente, la propuesta de reforma del

Process: Essays by Ludwig von Mises, Richard M. Ebeling (ed.), Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Holanda, 1990, pp. 78-95; *La acción humana*, séptima edición, Unión Editorial, Madrid, 2004, cap. XVII, p. 529, nota a pie de página número 17 y 530. Igualmente, el gran economista Murray N. Rothbard propone un sistema bancario con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria en su trabajo *The Case for a 100 Percent Gold Dollar*, Ludwig von Mises Institute, 2001. Además, es preciso destacar aquellos más destacables economistas de la antigua tradición de la Escuela de Chicago a favor de un sistema bancario de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien: Albert G. Hart, “The ‘Chicago Plan’ of Banking Reform”, *Review of Economic Studies*, n.º 2, 1935, pp. 104-116; James W. Angell, “The 100 Percent Reserve Plan”, *The Quarterly Journal of Economics*, noviembre de 1935, vol. L, n.º 1, pp. 1-35; Henry C. Simons, “Rules versus Authorities in Monetary Policy”, *Journal of Political Economy*, XLIV, n.º 1, febrero de 1936, pp. 1-30; Fritz Lehmann, “100 Percent Money”, *Social Research*, vol. III, n.º 1, pp. 37-56; Frank D. Graham, “Partial Reserve Money and the 100 Percent Proposal”, *American Economic Review*, XXVI, año 1936, pp. 428-440; Irving Fisher, *100 Percent Money*, Adelphi Company, Nueva York 1935; Lloyd W. Mints, *Monetary Policy for a Competitive Society*, Nueva York 1950, pp. 186-187.

¹⁰⁰⁸ Véase David Hume, *Essays: Moral, Political and Literary*, editado por Eugene F. Miller, Liberty Classics, Indianápolis 1985.

¹⁰⁰⁹ Véanse las obras de H. Cernuschi, *Mécanique de l'échange*, A. Lacroix, París 1865 y *Contre le billet de banque*, Guillaumin, París 1866.

¹⁰¹⁰ Véase V. Modeste, “Le billet des banques d'émission et la fausse monnaie”, *Le Journal des Économistes*, vol. III, 15 de agosto de 1866.

¹⁰¹¹ Véanse las obras de P. Geyer, *Banken und Krisen*, T.O. Weigel, Leipzig 1865 y *Theorie und Praxis des Zettelbankwesens nebst einer Charakteristik der Englischen, Französischen und Preussischen Bank*, Fleischmann's Buchhandlung, Munich 1867.

¹⁰¹² Véanse las obras de J. L. Tellkamp, *Essays on Law Reform, Commercial Policies, Banks, Penitentiaries, etc., in Great Britain and the United States of America*, Williams and Norgate, Londres 1859 y *Die Prinzipien des Geld und Bankwesens*, Puttkammer y Mühlbrecht, Berlín 1867.

¹⁰¹³ Véase O. Michaelis, *Volkswirtschaftliche Schriften*, vols. I y II, Herbig, Berlín 1873.

¹⁰¹⁴ Los seis premios nobel que defendieron un sistema bancario con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien fueron los siguientes: a) Frederick Soddy, *Wealth, Virtual Wealth and Debt*, E.P. Dutton, Nueva York 1927; b) F.A. Hayek, “The Monetary Policy of the United States after the Recovery from the 1920 Crisis”, capítulo I de *Money, Capital and Fluctuations: Early Essays*, Roy McCloughry (ed.), The University of Chicago Press, Chicago 1984, p. 29; F.A. Hayek, *Monetary Nationalism and International Stability*, Longmans, Londres 1937, reedición de Augustus M. Kelley, Nueva York 1971, pp. 81-84, y especialmente la p. 82 y la obra *Denationalization of Money*, The Institute of Economic Affairs, Londres 1976, pp. 94-95, y también la p. 55; c) Milton Friedman, “A Monetary and Fiscal Framework for Economic Stability”, *American Economic Review*, vol. 38, n.º 3 (1948), pp. 245-264; d) James Tobin, “Financial Innovation and Deregulation in Perspective”, *Bank of Japan Monetary and Economic Studies*, n.º 3, año 1985, pp. 19-29; e) Maurice Allais, “Les conditions monétaires d'une

sistema bancario de este trabajo consiste en someter a todas las instituciones relacionadas con el mercado financiero bajo los principios generales del derecho, esto es, el respeto escrupuloso del derecho de propiedad en el caso del depósito irregular de dinero a la vista lo cual exige, en términos bancarios, el cumplimiento de un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien. Todos los agentes económicos deben cumplir las normas tradicionales, universales y generales del Derecho, sin violar la guarda y custodia del *tantundem* o utilizar aquel dinero que se ha depositado a la vista previamente. Además, las consecuencias del incumplimiento de esta norma de derecho material civil y mercantil producirán graves consecuencias para la economía, por lo que los aspectos jurídicos y económicos se encuentran íntimamente relacionados, y no es posible violar impunemente los principios jurídicos y morales sin que se produzcan graves consecuencias dañinas en el proceso espontáneo de cooperación social. En efecto, el sometimiento de todos los agentes implicados en un sistema bancario con un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien¹⁰¹⁵ para la emisión de los depósitos a la vista requiere un cambio en la legislación mercantil y penal de todos los códigos normativos existentes¹⁰¹⁶ como también reformar y privatizar el sistema

économie de marchés: des enseignements du passé aux réformes de demain”, publicado en la *Revue d'économie politique*, n.º 3, mayo-julio de 1993, pp. 319-367; y, por último, f) Merton H. Miller, “Do the M&M propositions apply to banks?”, *Journal of Banking & Finance*, 19, 1995.

¹⁰¹⁵ Poco a poco empieza a ver juristas en el campo del derecho administrativo que empiezan a identificar como uno de las causas la violación de la guarda y custodia del *tantundem* en el caso del depósito irregular de dinero, sin mantener, claro está, un coeficiente de caja de reserva fraccionaria del cien por cien. Véase el capítulo de Marcos M. Fernando Pablo, “Nuevo marco europeo de supervisión financiera: una visión desde España” en *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria: Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Universidad de Córdoba-Iustel, Madrid, 2012, pp. 421-433 y especialmente las páginas 431 y 432.

¹⁰¹⁶ Se trata, en suma, de sustituir la actual maraña de legislación administrativa sobre el control y disciplina de las entidades de crédito por unos simples artículos establecidos en los códigos penal y mercantil. Así, refiriéndonos al caso español, podría derogarse la totalidad de la legislación bancaria y sustituirla simplemente por unos nuevos artículos 180 y 182 del Código de Comercio cuyo texto podría ser del tenor siguiente (se escribe en cursiva aquello que difiere de la redacción actual):

Artículo 180: “Los bancos conservarán en metálico en sus cajas *la totalidad* del importe de los depósitos y cuentas corrientes y de los billetes en circulación”.

Artículo 182: “El importe de los billetes en circulación, unidos a la suma representada por los depósitos y las cuentas corrientes, no podrá exceder, en ningún caso, del importe de la reserva metálica *de que disponga cada banco en cualquier momento*” (desaparece “la coletilla” que existe en el vigente art. 182 y que al importe de la reserva metálica añade la de “los valores en cartera realizables en un plazo máximo de 90 días”).

No es preciso referirse en nuestros artículos del Código de Comercio a las operaciones realizadas en fraude de ley para enmascarar un verdadero contrato de depósito (operaciones con pacto de recompra, con opciones *put* americanas, etc.), pues las mismas, por la propia técnica jurídica de la doctrina del fraude de ley, serían nulas de pleno derecho. Sin embargo, y con la finalidad de evitar la posibilidad de que alguna innovación financiera terminara convirtiéndose en dinero antes de su declaración

monetario y bancario moderno, liberándolo de la especial intervención del Banco Central y de los privilegios concedidos por el Estado. Por último, sólo añadir las palabras de conclusión del profesor Jesús Huerta de Soto: “Mientras los principios teóricos y jurídicos esenciales en relación con el dinero, el crédito bancario y los ciclos económicos no sean plenamente entendidos por los especialistas en la materia y, en general, por la ciudadanía, nos tememos que no es aventurado pensar que el mundo continuará sufriendo de forma recurrente dañinas recesiones económicas, que habrán de repetirse una y otra vez mientras los bancos centrales mantengan el poder de emitir papel moneda de curso legal y el privilegio concedido por los gobiernos a los banqueros para operar con una reserva fraccionaria no sea abolido”¹⁰¹⁷.

jurisprudencial de nulidad, convendría añadir al art. 180 lo siguiente: “*La misma obligación debe ser cumplida por todas aquellas personas físicas y jurídicas que, en fraude de ley, realicen negocios jurídicos que enmascaren un verdadero contrato de depósito de dinero*”.

En lo que se refiere al Código Penal, las reformas a efectuar en el caso español serían muy reducidas. No obstante, con la finalidad de aclarar aún más el contenido del artículo 252 del nuevo Código Penal y hacerlo conforme con la redacción que proponemos para los artículos 180 y 182 del Código de Comercio, aquél debería quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 252: “Serán castigados con las penas señaladas los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hubiere recibido en depósito, *depósito irregular o bancario de dinero*, comisión o administración o por *cualquier otro título semejante* que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido ... Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable, *depósito irregular o bancario de dinero o cualquier otro negocio que enmascare, en fraude de ley, la realización de un depósito irregular de dinero*”.

Estas simples modificaciones en el Código Mercantil y en el Penal permitirían derogar toda la legislación de control bancario que actualmente existe en nuestro país, sometiendo a los tribunales ordinarios de Justicia la apreciación de las conductas individuales que pudiera sospecharse incurren en alguna de las prohibiciones mencionadas (con todas las garantías, como es lógico, propias de un Estado de Derecho y que hoy brillan por su ausencia en gran parte de los actos administrativos de control bancario), todo ello citado en Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. IX, p. 577.

¹⁰¹⁷ Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002, cap. IX, p. 630.

PARTIDARIOS HISTÓRICOS DE UN SISTEMA BANCARIO CON UN COEFICIENTE DE CAJA DE RESERVA FRACCIONARIA DEL CIENTO POR CIENTO

Premios Nobel

1 Frederick Soddy	Premio Nobel de Química 1921
2 Friedrich A. von Hayek	Premio Nobel de Economía 1974
3 Milton Friedman	Premio Nobel de Economía 1976
4 James Tobin	Premio Nobel de Economía 1981
5 Maurice Allais	Premio Nobel de Economía 1988
6 Merton H. Miller	Premio Nobel de Economía 1990

Banqueros

1 Frank A. Vanderlip	Presidente del National City Bank (1864-1937)
2 Alexander Efron	Vicepresidente del National Safety Bank & Trust, (1893-1950)
3 Mervyn King	Gobernador del Banco de Inglaterra (1948-)

Economistas y Juristas

1 Irving Fischer	Profesor de Economía, Universidad de Yale (1867-1947)
2 Richard A. Werner	Profesor de Banca Internacional, Universidad de Southampton (1967-)
3 Joseph Huber	Profesor de Economía, Martin Luther University of Halle-Wittenberg (1948-)
4 James Robertson	Economista y político británico (1928-)
5 Jesús Huerta de Soto	Profesor de Economía, Universidad Rey Juan Carlos (1956-)
6 Jörg Guido Hülsmann	Profesor de Economía, Universidad de Angers (1966-)
7 Herman E. Daly	Profesor de Economía, Universidad de Maryland (1938-)
8 Laurence J. Kotlikoff	Profesor de Economía, Universidad de Boston, (1951-)
9 Lauchlin Currie	Economista, Asistente al Presidente Reserva Federal Marriner Eccles (1902-1993)
10 Murray N. Rothbard	Profesor de Economía, Universidad de las Vegas, (1926-1995)
11 Ludwig von Mises	Economista Austríaco, (1881-1973)
12 Henry C. Simons	Profesor de Economía y Derecho, Universidad de Chicago (1899-1946)
13 Garfield V. Cox	Profesor de Finanzas, Universidad de Chicago (1893-1970)
14 Aaron Director	Profesor de Economía y Derecho, Universidad de Chicago, (1901-2004)
15 Albert Gailord Hart	Profesor de Economía, Universidad de Columbia, (falleció en el año 1997)
16 Frank H. Knight	Profesor de Economía, Universidad de Chicago, (1885-1972)
17 Lloyd W. Mints	Profesor de Economía, Universidad de Chicago, (1888-1989)
18 Henry Schultz	Profesor de Economía, Universidad de Chicago, (1893-1938)
19 Frank D. Graham	Profesor de Economía Internacional, Universidad de Princeton, (1890-1949)
20 Charles R. Whittlesley	Profesor de Economía, Universidad de Princeton, (1900-1979)
21 Richard A. Lester	Profesor de Economía del Trabajo, Universidad de Princeton, 1908-1997)
22 Earl J. Hamilton	Profesor de Economía, Universidad de Duke, (1899-1989)
23 Willford I. King	Profesor de Economía, Universidad de Nueva York, (1880-1962)
24 Charles O. Hardy	Economista en la Reserva Federal Americana, (1884-1948)
25 John R. Commons	Profesor de Economía, Universidad de Wisconsin-Madison, (1862-1945)
26 James W. Angell	Profesor de Economía, Universidad de Columbia, (1898-1986)
27 Michael Kumhof	Economista, Fondo Monetario Internacional, (1962-)
28 Jaromir Benes	Economista, Fondo Monetario Internacional
29 J. M. de la Cuesta Rute	Catedrático Emérito de Derecho Mercantil, Universidad Complutense, (1938-)

Miembros de Gobiernos

1 Robert L. Owen	Senador, Estados Unidos de América, (1856-1947)
2 Henry Wallace	33º Vicepresidente, Estados Unidos de América (1888-1865)
3 Paul Howard Douglas	Senador, Estados Unidos de América, (1892-1976)
4 Bronson Cutting	Senador, Estados Unidos de América, (1888-1935)
5 Wright Patman	Congresista, Estados Unidos de América, (1893-1976)
6 Jerry Voorhis	Congresista, Estados Unidos de América, (1901-1984)
7 T. Alan Goldsborough	Congresista, Estados Unidos de América, (1877-1951)
8 Ron Paul	Congresista, Estados Unidos de América, (1935-)
9 Dennis J. Kucinich	Congresista, Estados Unidos de América, (1946-)
10 Douglas Carswell	Miembro del Parlamento Británico, (1971-)
11 Steve Baker	Miembro del Parlamento Británico, (1971-)

Históricos partidarios

1 David Hume	Filósofo y Economista Escocés, (1711-1776)
2 Jacob Vanderlint	Economista inglés, falleció en el año 1740
3 Joseph Harris	Economistas inglés, (1702-1764)
2 Thomas Edison	Inventor, (1847-1931)
3 Robert de Fremery	Periodista financiero, (1916-2000)
4 Gertrude M. Coogan	Primera mujer en recibir un MBA, Universidad de Northwestern, (1898-1986)

CONCLUSIONI

Diritto, denaro e calcolo economico

L'obiettivo di questo dottorato di ricerca ha voluto dimostrare che qualsiasi problema giuridico ed economico è riconducibile a uno schema di principi etici e morali o anche all'inadempimento dei principi essenziali che non possono e devono essere trasgrediti perché causano tragedie nello spontaneo processo di cooperazione sociale. L'esercizio della funzione imprenditoriale, e in generale dell'azione dell'uomo, esige che le persone coinvolte in essa dimostrino costantemente di possedere delle determinate norme o regole comportamentali, cioè, *che siano regolati dal diritto*¹⁰¹⁸. Quelle istituzioni sociali sorte in maniera evolutiva (il diritto, la famiglia, la morale, il linguaggio, il denaro, il mercato, ecc.) sono imprescindibili affinché l'individuo e la società nel loro insieme li cerchino attraverso un costante processo di prova ed errore. Concretamente, il denaro¹⁰¹⁹ è una delle istituzioni più complesse, astratte e difficili da capire per qualsiasi individuo. Infatti, il denaro - mezzo di scambio e deposito di valori - è una delle istituzioni più vitali per l'esistenza e per lo sviluppo della nostra civiltà che agevola l'interazione sociale, la creatività imprenditoriale ed il calcolo economico¹⁰²⁰

¹⁰¹⁸ Jesús Huerta de Soto, *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*, seconda edizione, Unión Editorial, Madrid, 2001, cap. II, p. 69.

¹⁰¹⁹ Carl Menger, *El dinero*, introduzione di José Antonio de Aguirre y Lorenzo Infantino, Unión Editorial, Madrid, 2013.

¹⁰²⁰ "Attraverso il calcolo economico, o si effettua una stima del risultato del futuro intervento, o si cifrano le conseguenze degli interventi già realizzati", Ludwig von Mises, *La acción humana*, séptima edición, Unión Editorial, Madrid, 2004, cap. XI, p. 256. La traduzione della citazione in inglese potrebbe essere la seguente: "Economic calculation is either an estimate of the expected outcome of future action or the establishment of the outcome of past action", Ludwig von Mises, *Human Action: A treatise in*

esponenziale. Quindi, la metodologia dei tre livelli (teorico, storico ed etico) applicata alla nostra analisi¹⁰²¹ sul contratto giuridico del deposito irregolare del denaro apporta una visione diversa nel campo della ricerca com'è la Teoria dei Cicli Economici. Per essere più precisi, la base metodologica della Scuola Austriaca di Economia è un faro imprescindibile in ogni analisi giuridica ed economica e più concretamente, nei fondamenti teorici, storici ed etici dell'odierno sistema finanziario, monetario e creditizio. I principi generali del Diritto sono stati notevolmente alterati mediante interventi del potere politico aventi l'unico obiettivo di snaturalizzare quelle istituzioni che meglio funzionavano nella società. Il caso qui analizzato spiega la carenza di una corretta Teoria dei Cicli Economici da parte dell'economia neoclassica (sia nella versione monetarista che in quella di Keynes) che ha causato e continua a causare un'autentica strage e anche, un grande dolore durante generazioni e generazioni.

Purtroppo, i due approcci di pensiero economico non hanno inserito nelle loro analisi¹⁰²², in termini generali, un approccio interdisciplinare in tutte le ricerche, soprattutto negli ambiti giuridici ed economici. Così, prendendo spunto da un esame teorico, storico ed etico dei fondamenti giuridici ed economici dell'odierno sistema monetario e creditizio (che si può iniziare mediante lo studio dell'istituzione giuridica del contratto di deposito irregolare di denaro), si osserva che i principi regolatori di questa istituzione sono opportunamente svaniti grazie all'impulso interventista e anche a un sostegno dottrinale e legale a favore del primo. Concretamente, la teoria dell'impossibilità del socialismo sviluppata da Ludwig von Mises¹⁰²³ si può perfettamente applicare alla teoria dei cicli economici e, specialmente, all'ambito

economics, edizione di Bettina Bien Greaves, quarta edizione, Foundation for Economic Education, Irvington-on-Hudson, 1996, cap. XI, pp. 210-211.

¹⁰²¹ José Carlos Herrán Alonso, *El orden jurídico de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, 2010, cap. VIII, pp. 271-273.

¹⁰²² L'odierno programa di ricerca della Scuola Austriaca di Economia e i suoi previsibili contributi all'evoluzione e al futuro sviluppo delle Scienze Sociali si manifesta nei diversi campi: teoria del capitale e dell'interesse; analisi critico della coazione istituzionale (socialismo e interventismo); teoria della banca libera e dei cicli economici ; teoria evolutiva delle istituzioni (giuridiche, sociali ed economiche); teoria della funzione imprenditoriale; teoria dei prezzi, teoria della competenza ed il monopolio, teoria della crescita e del sottosviluppo economico, economia del benessere, teoria dei beni pubblici, teoria della popolazione e infine una teoria della giustizia e dell'etica sociale.

¹⁰²³ Ludwig von Mises, *El socialismo*, quinta edizione, Unión Editorial, Madrid, 2007.

istituzionale finanziario e bancario¹⁰²⁴: il consolidamento di un denaro fiduciario senza nessuno standard monetario; la creazione di un monopolio monetario ed esclusivo da parte dello Stato e, infine, un nuovo concetto del contratto di “deposito bancario” che incorre in un’infinità di errori giuridici e morali che durante molti periodi della storia, sono risultati nefasti. Concretamente, la dottrina e un gran numero di giuristi attuali si sono visti costretti a recuperare una nuova definizione del contratto di deposito irregolare di denaro - di beni reperibili - per permettere che questi tipi di depositari - banche - continuino ad agire in conformità a un coefficiente di cassa di riserva frazionaria¹⁰²⁵, contro i principi tradizionali del Diritto. Come si è già analizzato nel terzo capitolo di questo studio dedicato all’aspetto etico del contratto di deposito irregolare di denaro, questo tipo di contratto giuridico è basato su un coefficiente di cassa di riserva frazionaria che si oppone e nega la natura o essenza più intima di questa istituzione giuridica-evolutiva, vulnerandone così i principi più elementari. Il contratto di deposito irregolare di denaro, materializzato in un deposito di denaro a vista, è costantemente violato mediante l’inadempimento dell’elemento più importante di questo contratto giuridico, cioè, la tutela e la custodia del *tantundem*. Le banche - depositarie- captano sotto forma di depositi a vista senza rispettare questo essenziale elemento - un coefficiente di cassa di riserva frazionaria al cento per cento - e inoltre, le unità monetarie depositate a vista sono state concesse sotto forma di prestiti dal

¹⁰²⁴ “L’analisi economico più rigoroso e l’interpretazione più fredda e ponderata degli ultimi eventi economici e finanziari rafforzano la conclusione che , come avvenne con gli infruttuosi tentativi di pianificare dall’alto la estinta economia sovietica, è impossibile che le banche centrali (veri organi di pianificazione centrale finanziaria) possano essere capaci di proporre la politica monetaria più conveniente per ogni momento. O comunque, il teorema dell’impossibilità economica del socialismo, scoperto dagli economisti austriaci Ludwig von Mises e Friedrich A. Hayek, secondo il quale è impossibile organizzare la società in base a mandati coercitivi emanati da un organo di pianificazione poiché esso, non può mai appropriarsi dell’informazione necessaria per dare un contenuto coordinativo ai propri mandati, si può perfettamente applicare alle banche centrali in generale , e alla Riserva Federale e anche a Alan Greenspan e oggi a Ben Bernanke in concreto : non c’è nulla di più pericoloso che cadere nella “funesta arroganza” -come ben dice Hayek- di credere di essere onnisciente o almeno così saggio e potente da essere capace di adattare in ogni momento la politica monetaria più conveniente (*fine tuning*). Pertanto è molto probabile che la Riserva Federale e in minor misura, la Banca Centrale Europea, piuttosto che mitigare i movimenti più acuti del ciclo economico , siano stati i principali artefici e responsabili della sua genesi e del suo inasprimento”, si consulti Jesús Huerta de Soto, “La crisi attuale secondo la Scuola Austriaca” in *Boletín de Información Comercial Española, Información Comercial Española*, n° 2962, 2009, pp. 16-17.

¹⁰²⁵ La facoltà dispositiva del contenuto -beni deperibili- del deposito a vista da parte dei banchieri attraverso l’autorizzazione legislativa, amministrativa e normativa concessa dal potere político mette in evidenza che l’affare del sistema finanziario e bancario con un coefficiente di riserva frazionaria è uno degli affari più lucrativi che oggi esistano e che generano, perfino, enormi espansioni creditizie, crisi finanziarie e anche profonde crisi economiche.

banchiere-depositario ad un altro cliente senza una scadenza di devoluzione e con i rispettivi interessi. Infatti, secondo il primo capitolo di questo studio, il contratto giuridico di deposito irregolare di denaro deve garantire la tutela e la custodia del *tantundem*, cioè, in termini bancari, l'obbligazione di mantenere un coefficiente di cassa di riserva frazionaria del cento per cento. In questo senso, la Teoria Austriaca o del Credito Circolatorio del Ciclo Economico identifica le ultime conseguenze di questi ricorrenti cicli espansivi del credito che colpiscono l'economia, inducendo a commettere degli errori sistematici di investimento e così generare una crisi finanziaria e la successiva recessione economica. Purtroppo, i membri della *Currency School* disposero di un arsenale analitico corretto - ma non completo- per capire gli spontanei meccanismi del mercato che gli avrebbero permesso di scoprire gli errori negli investimenti commessi dall'espansione creditizia sotto forma di captazione dei depositi a vista e la concessione dei prestiti a carico dei primi.

Epilogo/ Riassunto

L'obiettivo di questo studio per riformare il sistema bancario in conformità con i principi generali, tradizionali ed universali del diritto si basa sul coefficiente di cassa di riserva frazionaria del cento per cento per l'emissione dei depositi di denaro a vista e i suoi equivalenti.

La Teoria Austriaca o del Credito Circolatorio del Ciclo Economico ci illustra il processo mediante il quale gli agenti economici, specialmente quegli depositari denominate banche, degradano la loro solvenza espandendo il credito con carichi ai depositi a vista e i loro equivalenti. In questo modo le banche concedono prestiti - a carico del deposito - ai diversi mutuatari (individuali o imprenditori) che si gettano a capofitto nell'investire in progetti d'investimento che prima o poi i consumatori non sono disposti a culminare, cioè, a risparmiare codeste risorse reali necessarie affinché quei progetti imprenditoriali possano essere realizzati in un futuro più lontano. Questo processo di espansione creditizia artificiale dei mezzi finanziari provoca che le scarse risorse reali della società siano state investite in progetti imprenditoriali eccessivamente ambiziosi. Cosicché l'emissione di questi mezzi di pagamento fiduciari senza copertura

di risparmio reale - basato in un coefficiente di cassa di riserva frazionaria - ipertrofizza la capacità produttiva della struttura dei beni del capitale per certi beni futuri e si sottovalutano degli altri beni in un futuro più prossimo (il noto effetto Ricardo). Gli errori negli investimenti mettono in evidenza un adeguamento necessario di tutta la struttura produttiva dell'economia tra le diverse tappe di produzione e anche come si materializzano in finanziamenti ed erronee acquisizioni delle scarse risorse che la società non è disposta a patrocinare (per esempio, un milione di case in Spagna vuote e senza compratori). Anche se tutte quelle tappe di produzione che si erano allargate a causa dell'espansione creditizia e per la manipolazione dei tipi di interesse in un primo momento, quando gli agenti economici manifestano le loro preferenze temporali e la loro ostilità al rischio, la struttura produttiva, inevitabilmente, si contrae per reagire a tempo dinanzi a questa reale richiesta dei consumatori e dei risparmiatori. Questa situazione economica è un processo molto grave poiché il finanziamento si è prodotto, non come il risultato di un genuino risparmio, ma bensì attraverso la creazione artificiale dei mezzi di pagamento fiduciari - o sostituti monetari perfetti - mediante un coefficiente di cassa di riserva frazionaria. Inevitabilmente, l'espansione del credito basato in un coefficiente di cassa di riserva frazionaria inizierà una bolla speculativa nella quale sarà impossibile che molti progetti d'investimento potranno realizzarsi a causa della mancanza di risorse reali risparmiate, tutto ciò rappresenta l'annuncio della necessaria crisi finanziaria e la successiva recessione economica. Naturalmente, il processo è molto più complesso di qualsiasi analisi teorico, sebbene esso sia esaustivo, ancor di più quando interagiscono insieme varie istituzioni sociali, tutte esse molto complesse ed articolate. Perciò, la Teoria Austriaca del Ciclo Economico deve essere intesa come uno schema esplicativo di un fenomeno alquanto complesso, pertanto la sua estrapolazione alla realtà e a conclusioni pratiche deve essere realizzata con estrema prudenza, correggendo manipolazioni, errori commessi con lo scopo di spiegare con termini teorici una realtà storica. **Così, l'unica forma di evitare cicli economici ricorrenti di auge e recessione economica è impedire ulteriori espansioni creditizie mediante il processo menzionato in questo studio e, quindi, ogni sistema bancario e finanziario deve sottomettersi ai principi generali del Diritto, cioè, all'adempimento della tutela e custodia del *tantundem* nel caso del contratto di**

deposito irregolare del denaro, rispettando il coefficiente di cassa di riserva frazionaria del cento per cento in rapporto ai depositi a vista e i loro equivalenti.

Infine, finisco questo studio da dove ho cominciato, cioè, la legge bancaria inglese del 1844 - *-Peel's Bank Act-*. Sir. Robert Peel fa la seguente dichiarazione nella Camera dei Comuni del Regno Unito il 12 e il 24 di giugno del 1844:

“There had been four monetary crises—in 1825, 1832, 1836-1837, and 1839—and there was in each of these, an increase in the issues of country bank paper” e finisce sottolineando “a currency without a basis [...] only created fictitious value, and when the bubble burst spread ruin over the country and deranged all commercial transactions”.

BIBLIOGRAFÍA

Aguirre, José Antonio de, Castañeda Fernández, Juan E., *Una crisis económica sorprendente 2007-2012*, Ediciones Aosta, España, 2012.

Aguirre, José Antonio de, *Capitalismo y la riqueza de las naciones. Las vicisitudes de la teoría económica moderna*, Unión Editorial, Madrid, 2009.

Agustín, San, *Confesiones*, quinta edición, traducción y notas R.P. Ángel Custodia Vega, O.S.A. y texto revisado por R.P. Licinio González, O.S.A., Ediciones Escorialense, 1987.

Albácar López, José Luis, Santos Briz, Jaime, *Código Civil: doctrina y jurisprudencia*, Editorial Trivium, Madrid, 1991, tomo VI.

Albaladejo, Manuel, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. II, *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, Librería Bosch, Barcelona, 1975.

Allais, Maurice, “Les conditions monétaires d’une économie de marchés: des enseignements du passé aux réformes de demain”, publicado en la *Revue d’économie politique*, n. ° 3, mayo-julio de 1993, pp. 319-367.

Amela Valverde, Luis, “Cicerón y los cistóforos (Cic. *Att.* 2, 6, 2; 2, 16, 4 y 11, 1, 2)”, *Faventia: Revista de Filología Clásica*, número 26, fascículo 2, 2004.

Andreu, Jean:

- *Affaires de Monsieur Jucundus*, École Française de Rome, Rome, 1974.
- *Banking and business in the Roman world*, Cambridge University Press, 1999.

Angell, James W., “The 100 Percent Reserve Plan”, *The Quarterly Journal of Economics*, noviembre de 1935, vol. L, n. ° 1, pp. 1-35.

Antón Oneca, José, voz: *Estafa*, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Calos, E.Mascareñas (dir.), tomo IX, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1958.

Arangio-Ruiz, Vicente:

- *La società in Diritto Romano*, Napoli, 1965.
- *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 14ª ed., 1968.

Aranson, Peter H., “Bruno Leoni in Retrospect” en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, verano, 1988.

Arias Ramos, Juan, Arias Bonet, Juan Antonio, *Derecho Romano II*, Madrid, 18ª ed. 1986.

Arnò, Carlo, *Il contratto di società*, Torino, 1938.

Arteaga Nava, Elisur, “El derecho griego. Algunos tópicos y términos”, *Alegatos*, México, 2002, n° 50 enero-abril, pp. 145-160.

Astuti, Guido, *Enciclopedia del Diritto. Deposito*, dir. Francesco Calasso, Giuffré, 1958, vol. XII.

Azpilcueta, Martín de, *Comentario resolutorio de cambios*, Introducción y texto crítico por Alberto Ullastres, José M. Pérez Prendes y Luciano Pereña, Corpus Hispanorum de pace IV, Madrid, 1965.

Bagus, P., Howden, D. and Block, W., “Deposits, Loans, and Banking: Clarifying the Debate”, *American Journal of Economics and Sociology*, 2013, 72: 627-644.

Bagus, P., Howden, D., “The Legitimacy of Loan Maturity Mismatching: A Risky, but not Fraudulent, Undertaking”, *Journal of Business Ethics*, 2009, 90, 399-406.

Bajo Fernández, Miguel, Pérez Manzano, Mercedes, y Suárez González, Carlos, *Manual de derecho penal*, parte especial, “Delitos patrimoniales y económicos”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

Báñez, Domingo, *De Iure et Iustitia Decisiones*, Salmanticae, 1594.

Barber, Malcolm, *The Trial of the Templars*, Cambridge University Press, 1993.

Barnes, Harry Elmer, *Historia de la economía del Mundo Occidental hasta principios de la Segunda Guerra Mundial*, traducida al español por Florencio Muñoz, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1967.

Barrasi, Ludovico, *Istituzioni di Diritto civile*, Milano, 1914.

Barrientos García, José, *Repertorio de Moral Económica (1536-1670): La Escuela de Salamanca y su proyección*, Eunsa, Pamplona, 2011.

Bartolomé Salón, Miguel, *Controversiae de Iustitia et Iure, atque de Contractibus, et commerciis humanis licitis ac illicitis. Tomus Secundus*, Venetiis, 1608.

Belda, Francisco, “Ética de la creación de créditos según la Doctrina de Molina, Lesio y Lugo”, *Pensamiento*, 19, 1963.

Beltrán, Lucas:

- *Historia de las doctrinas económicas*, Editorial Teide, Barcelona, 1961.
- “Sobre los orígenes hispanos de la economía de mercado”, en *Ensayos de economía política*, Unión Editorial, Madrid, 1996.

Bernal Rodríguez, Antonio Miguel:

- “Banca, remesas, moneda, compradores de oro y plata y comercio colonial” en *Dinero, moneda y crédito en la monarquía hispánica*, edición a cargo de Antonio Miguel Bernal Rodríguez, Marcial Pons-Ediciones de Historia Fundación ICO, Madrid, 2000.
- *España: proyecto inacabado*, Fundación Carolina-Centro de Estudios Hispánicos e Iberoamericanos- Marcial Pons, Madrid, 2005.

Bertrán de Fernández Armesto, Carlos, *El derecho del mercado financiero*, Madrid, 1992.

Betancourt, Fernando, *Derecho Romano Clásico*, cuarta edición revisada y aumentada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2010.

Beugnot, Conde Augusto Arturo, *Les Olim ou registres de arrêts rendus à la cour du roi sous les règnes de St. Louis, de Philippe le Hardi, de Philippe le Bel, de Louis le Hutin, et de Philippe le Long*, París, 3 tomos en 4 volúmenes, 1839-1848 (reimpresión 1977), *Olim II*, nº 170.

Bianchi, F. S., *Principii generali sulle leggi*, Torino, 1888.

Blánquez Fraile, Agustín, *Diccionario Latino-Español*, 2 vols., 4a edic., Barcelona, Sopeña, 1961.

Bogaert, Raymond, “El comercio internacional y la banca” en *Historia y Civilización de los Griegos*, Icaria Editorial, Barcelona, 1983.

Böhm-Bawerk, Eugen von:

- *Capital e interés*; versión en español sobre la cuarta edición del alemán (1921) del Fondo de Cultura Económica, México, 1986 (1884).
- *Teoría positiva del capital*, introducción y comentarios de José Antonio de Aguirre, Ediciones Aosta/Unión Editorial, Madrid, 1998.
- *Valor, capital e interés. El manuscrito de 1876*, Unión Editorial, Madrid, 2009.

Bonfante, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, traducción de la octava edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa, Madrid, 5ª ed., 1979.

Bonifacio, Franco, *Ricerche sul deposito irregolare in Diritto Romano*, Bullettino dell'Istituto di diritto romano, n. 49 y 59, 1948.

Botet y Sisó, Joaquim, *Les monedes catalanes*, tres volúmenes, Institut d'Estudis Catalans, Barcelona, 1908-1911, (edición facsímil utilizada: Puvill-Editori, Barcelona, 1976), vol. III.

Brescia Morra, Concetta, *Il diritto delle banche*, Il Mulino, Bologna, 2012.

Brunetti, G., *El derecho natural en la legislación civil* en *Riv. di Dir. Comm.*, 1922, vol. XX.

Buen, Demófilo de, *Las normas jurídicas y la función judicial*, Madrid, Reus, 1917.

Cachanosky, Juan Carlos, "La escuela Austriaca de Economía", *Revista Libertas*, 1, Octubre, Instituto Universitario ESEADE, Octubre, 1984.

Caldwell, Bruce, "Of Positivism and the History of Economic Thought", *Southern Economic Journal*, April 2013, vol. 79, no. 4.

Calicó, F. Xavier, “Un escudo de Felipe III o IV, contramarcado por la “Taula de Comuns Depósits” de Gerona, en la Guerra de Separación”, en *Gaceta Numismática*, 1975, n. ° 39.

Cameron, Rondon, *La banca en las primeras etapas de la industrialización*, traducción por Dámaso Álvarez Monteagudo y revisión e índice por Pedro Tedde de Lorca, Editorial Tecnos, Madrid, 1974.

Cantillon, Richard, Higgs, Henry, (ed.), and Stanley Jevons, Richard, *Essai sur la nature du commerce en général*, Macmillan, London, 1931.

Canyelles, Magí, *Descripció de la grandesa y antiquitats de la ciutat de Manres*, Imprenta de Antón Esparbé, Manresa, 1896.

Caraffa, Tito, “Deposito” en *Il Digesto Italiano*, volumen IX, segunda parte, Utet, Torino, 1898-1901.

Carande, Ramón:

- “La economía y la expansión ultramarina bajo el gobierno de los Reyes Católicos”, en *Estudios de historia de España*, tercera edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1976.
- *Carlos V y sus banqueros*, vol. I, Editorial Crítica, Barcelona y Madrid, 1987.

Castán, José, *Derecho civil* (Obra ajustada al Programa para las oposiciones a Registros), segunda edición, Madrid, 1932, tomo I.

Chafuen, Alejandro A., *Faith and Liberty: The Economic Thought of the Late Scholastics*, Lexington Books, Lanham, 2003.

Chernow, Ron, *The House of Morgan*, Atlantic Monthly Press, New York, 1990.

Chironi, Giampietro, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, 2.ª ed., Torino, 1912, Vol. I.

Churruca Arellano, Juan de, “La quiebra de la banca del cristiano Calisto (ca. 185-190)”, *Seminarios complutenses de Derecho Romano*, n. 3, 1991.

Cernuschi, H.:

- *Mécanique de l'échange*, A. Lacroix, París 1865.
- *Contre le billet de banque*, Guillaumin, París, 1866.

Cian, G., Trabucchi, A., *Commentario breve al Codice Civile - Complemento giurisprudenziale - Edizione per prove concorsuali ed esami 2013*, CEDAM, Padova, 2013.

Cicerón, Marco Tulio:

- *De re publica*, II, 1-2, The Loeb Classical Library, Cambridge, Massachusetts, 1961.
- *Cartas I Cartas a Ático (cartas 1-161D)*, introducción, traducción y notas de Miguel Rodríguez-Pantoja Márquez, Biblioteca Clásica Gredos, 1996.
- *La retorica a Gaio Erennio*, a cura di Filippo Cancelli, Arnoldo Mondadori ed., BSG&RM, Milano, 1998.
- *Cartas II Cartas a Ático (cartas 162-426)*, introducción, traducción y notas de Miguel Rodríguez-Pantoja Márquez, Biblioteca Clásica Gredos, 2008.

Cipolla, Carlo Maria, *El gobierno de la moneda: ensayos de historia monetaria*, traducción española de Juan Vivanco, Editorial Crítica, Barcelona, 1994.

Clavero, Bartolomé, *Usura: del uso económico de la religión en la historia*, Editorial Tecnos - Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1984.

Clemente de Diego, Felipe:

- *Fuentes de Derecho Civil español*, Madrid, 1922.

- *Instituciones de Derecho Civil Español*, nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, tomo II, Madrid, 1959.

Clough, Shepard B., *La evolución económica de la civilización occidental*, segunda edición, traducción Francisco Payarols, Ediciones Omega, Barcelona, 1970.

Coing, Helmut, *Derecho Privado Europeo (1500-1800)*, tomo I, traducción y apostillas por Antonio Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996.

Colin, Ambrosio, Capitant, Henri, *Curso Elemental de Derecho Civil*, traducción de la segunda edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia y con notas sobre el Derecho civil español por Demófilo de Buen, tomo IV, Reimpresión de la tercera edición revisada por Ortega Lorca, Madrid, 1981.

Comas y Arqués, Augusto, *Discursos leídos en la Universidad Central...al recibir las investiduras de Doctor, en las Facultades de Filosofía y Derecho, Secciones de Administración y Jurisprudencia*, Imprenta de Isidoro Peciña, Madrid, 1862.

Colmeiro, Manuel, *Historia de la economía política española*, tomo II (1863), Fundación Banco Exterior, Madrid, 1988.

Coppa-Zuccari, Pasquale:

- *Il deposito irregolare*, Biblioteca dell' Archivio Giuridico Filippo Serafini, vol. VI, Módena 1901.
- "La natura giuridica del deposito bancario", *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, vol. IX (nueva serie), Módena 1902.

Costi, Renzo, *L'ordinamento bancario*, quinta edizione, Il Mulino, Bologna, 2012.

Corpus Christi, Mancio de, *Manuscrito*, Biblioteca Universidad, Coimbra, 1853.

Cortés Fernández, Lara, *Los siete sabios de Grecia: vidas, enseñanzas y leyendas*, traducción castellana de Lara Cortés Fernández, Editorial Crítica, Barcelona, 2012.

Costouros, G.J., “Development of Banking and Related Book-Keeping Techniques in Ancient Greece”, *International Journal of Accounting*, 7/2, 1973.

Cottino, Gastone, *Diritto commerciale*, II, Padua, 1978.

Covián Junco, Víctor, Comentario a la voz “Depósito” en la *Enciclopedia Jurídica Española*, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1910.

Criado, Sarai, Ritzel, Adrián van, *La financiación estructurada y las turbulencias financieras de 2007-2008: Introducción general*, Documentos Ocasionales N.º 0808, Banco de España, Madrid, 2008.

de la Cruz, Felipe, *Tratado único de interés sobre si se puede llevar dinero por prestallo*, Francisco Martínez, Madrid, 1637.

de la Cuesta Rute, José María:

- “Repercusión de la crisis de las empresas bancarias en sus operaciones: en particular, los fondos de garantía de depósitos”, en *Contratos bancarios*, dirigido por Rafael Bonardell Lenzano y Rafael García Villaverde, 1992, pp. 967-993.
- “Fondo de Garantía de Depósitos”, en *Derecho del Mercado Financiero*, dirigido por Julián Martínez-Simancas y Alberto Alonso Ureba, volumen 1, tomo 2, 1994, pp. 231-264.
- “Algunas refleiones sobre el fenómeno de la autorregulación”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 94, 2004, pp. 87-116.
- “Regulación de los mercados y seguridad jurídica”, *Nueva revista de política, cultura y arte*, nº 106, 2006, pp. 52-59.
- “La autorregulación como regulación jurídica”, en *I Congreso Internacional de Códigos de Conducta, Mercado, Publicidad y Mercados Financieros*, 6 y 7 de marzo de 2008, Universidad Complutense de Madrid.

- “En medio de la crisis, un hecho relevante”, en *Notario del siglo XXI*, nº 24, Marzo - Abril 2009.
- “Lucidez jurídica para la próxima crisis financiera”, *Nueva revista de política, cultura y arte*, nº 130, 2010, pp. 124-136.
- “La contribución del derecho a prevención de las crisis financieras. Los depósitos bancarios a la vista”, (no publicado), 2010.
- “Sobre la unificación del derecho Privado patrimonial en Europa”, en *Unificación del derecho patrimonial europeo: marco común de referencia y derecho español*, dirigido por María Valpuesta Gastaminza, 2011, pp. 23-60.
- “Sobre la responsabilidad social empresarial”, *Procesos de mercado: revista europea de economía política*, nº 2, 2011, pp. 151-204.
- “A propósito de la crítica del profesor Gondra al análisis económico del derecho (L&E), en “*Liber amicorum*” Profesor José María Gondra Romero, dirigido por David Pérez Millán, Stella Solernou Sanz, Luis Fernández de la Gándara, José Miguel Embid Irujo, Andrés Juan Recalde Castells y Francisco José León Sanz, 2012, pp. 29-52.
- “Necesidad de una aproximación personalista al derecho”, en *II Congreso Iberoamericano de Personalismo*, Bogotá, 2013.

Cuena Boy, Francisco, *Manio Manilio*, en Rafael Domingo (editor), *Juristas Universales, I Juristas antiguos*, Madrid-Barcelona, 2004.

Cuesta Rute, José María de la, *El dinero y representación de las posiciones acreedoras y deudoras en el tráfico mercantil*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006.

Cuello Calón, Eugenio, *Derecho penal*, 13.ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1972, tomo II, parte especial, vol. 2.

Dabin, Jean, *La teoría de la causa: estudio histórico y jurisprudencial*, traducido por Francisco de Pelsmaecker y adaptado por Francisco Bonet Ramón, 2.ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

Demóstenes, *Discursos Privados*, introducciones, traducción y notas de José Manuel Colubi Falcó, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1983.

Dempsey, Bernard W., S.J., *Interest and Usury*, American Council of Public Affairs, Washington D.C., 1943.

Demurger, Alain, *Auge y Caída de los Templarios*, Madrid, 1986.

Denzinger, Enrique, *Manual de los símbolos, definiciones y declaraciones de la Iglesia en materia de fe y costumbres*, Editorial Herder, Barcelona, 1963.

Díez Soto, Carlos Manuel, *El depósito profesional*, Barcelona, 1995.

Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, sexta edición, vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.

Domat, M., *Derecho Público* (traducción al castellano por el Dr. D. Juan Antonio Trespalacios del original en cuatro volúmenes en la Imprenta de Benito Cano en 1778), Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, tomo I.

Domingo de Morató, Domingo, *El Derecho Civil Español con las correspondencia del romano, tomadas de los códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las instituciones y del digesto romano hispano de Juan Sala por el Dr. D. Domingo Ramón Domingo de Morató, Comendador Ordinario de la Real Orden de Isabel La Católica, Catedrático de término de la Facultad de Derecho y Decano de la misma en la Universidad de Valladolid*, segunda edición corregida y aumentada, Imp. y Librería Nacional y Extranjera de H. de Rodríguez, Libreros de la Unviersidad y del Instituto, Valladolid, 1877, tomo segundo.

Domínguez López, Esther, *La gratuidad y la utilidad como factores determinantes de la responsabilidad del comodatario*, Editorial Comares, Granada, 2001.

Dowd, Kevin:

- *The State and the Monetary System*, Saint Martin's Press, Nueva York 1989.
- *The Experience of Free Banking*, Routledge, Londres 1992.
- *Laissez-Faire Banking*, Routledge, Londres y Nueva York 1993.

Duncan-Jones, Richard, *Money and Government in the Roman Empire*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994.

Ekelund, Robert B., Jr., Hebert, Robert F., *Historia de la Teoría Económica y de su Método*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

Escarra, Jean, *Principes de Droit Commercial*, Librairie du recueil sirey, Société Anonyme, 22, rue Soufflot, París V^e, 1937, tomo VI.

Escudero, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho*, Gráficas Solana, Madrid, 1986.

Falcón y Ozcoidi, Modesto, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 5ª edición, Barcelona, 1897.

Ferguson, Adam, *An Essay on the History of Civil Society*, primera edición, 1767.

.

Fernández Barreiro, Alejandro, *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Euns-Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.

Fernando Pablo, Marcos M., "Nuevo marco europeo de supervisión financiera: una visión desde España" en *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria: Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Universidad de Córdoba-Iustel, Madrid, 2012.

Ferrara, F., *Trattato di Diritto civile italiano*, Roma, 1921, vol. I.

Ferrer Sama, Antonio:

- *El delito de apropiación indebida*, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Murcia, Editorial Sucesores de Nogués, Murcia 1945.
- “Apropiación indebida”, en NEJ, Ed. Seix, Barcelona, 1950, t. II.

Fetter, Frank A., “The Roundabout Process in the Interest Theory”, en *Capital, Interest and Rent*, Kansas City, Sheed Andrews and McMeel, Inc., 1977.

Finley, M.I., *The Ancient Economy*, University of California Press, Berkeley California, 1973.

Fiorentino, Adriano, Commentario del “Deposito” (artículos 1766 a 1797), en *Commentario del Codice Civile*, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, segunda edición, Libro cuarto, Bolonia y Roma, 1970.

Fisher, Irving, *100 Percent Money*, Adelphi Company, Nueva York, 1935.

Flores Micheo, Rafael, “El depósito irregular”, *Revista de Derecho Privado*, 1963.

Fontán, Antonio, *Sobre la república*, Gredos, Madrid, 1974.

Forey, A. J.:

- *The Templars in the Corona de Aragón*, Oxford University Press, Oxford, 1973.
- *The Military Orders, from the twelfth to the early fourteenth centuries*, University of Toronto, Toronto, 1992.

Frank, Tenney, “The Financial Crisis of 33 A. D.”, *The American Journal of Philology* 56.4, 1935.

Fresne, Charles du, *Glossarium mediae et infimae Latinitatis*, Niort: L. Favre, 1884, tomo III.

Frías de Albornoz, Bartolomé, *Arte de los contractos*, Valencia, 1573.

Friedman, Milton, “A Monetary and Fiscal Framework for Economic Stability”, *American Economic Review*, vol. 38, n.º 3 (1948), pp. 245-264.

Fuero juzgo en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códigos, por la Real Academia Española, Ibarra - Impresor de Cámara de S. M., 1815, Madrid.

Fullarton, John, *On the Regulation of Currencies, being an examination of the principles on which it is proposed to restrict, within certain fixed limits, the future issues on credit of the Bank of England and of the other banking establishments throughout the country*, John Murray, Londres, 1844, segunda edición revisada de 1845.

Galbraith, J. K., *Historia de la Economía*, Editorial Ariel, Barcelona, 1990.

Galiani, Ferdinando, *Della moneta*, edición original de Giuseppe Raimondi, Nápoles, 1750.

Gallatin, Albert, *Considerations on the Currency and Banking System of the United States*, Carey & Lea, Philadelphia, 1831.

Garnsey, Peter, Saller, Richard, *The Roman Empire: Economy, Society and Culture*, University of California Press, Berkeley California, 1987.

García del Corral, Ildefonso L., *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas, Editor - Consejo de Ciento, nº 287, Barcelona, 1889.

García García, Antonio, Alonso Rodríguez, Bernardo, “El pensamiento económico y el mundo del Derecho” en *El pensamiento económico en la Escuela de Salamanca*,

editores Francisco Gómez Camacho S.I. y Ricardo Robledo Hernández, Ediciones Universidad de Salamanca, Fundación Duques de Soria, Salamanca, 1998.

García-Gallo, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español II: Metodología histórico-jurídica y Antología de fuentes del Derecho Español*, cuarta edición revisada, Madrid, 1971.

García Garrido, Manuel J.:

- “La sociedad de los banqueros (*societas argentaria*)”, en *Studi in honore di Arnaldo Biscardi*, vol. III, Milán, 1988.
- *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo Romano*, Fundación de Estudios Romanos-Editorial Dykinson, Madrid, 2001.

García Guerra, Elena María:

- “Los bancos públicos en Madrid durante el reinado de Felipe II: características, actividades y relaciones con las finanzas municipales” en *Banca, Crédito y Capital. La Monarquía Hispánica y los antiguos Países Bajos (1505-1700)*, edición a cargo de Carmen Sanz Ayán y Bernardo J. García García, Fundación Carlos Amberes, Madrid, 2006.
- “Una profesión de riesgo: El mercader-banquero castellano durante el siglo XVI” en *Comercio, banca y sociedad en los reinos hispánicos (siglos XIV-XVIII)*, edición a cargo de Ángel Alloza Aparicio, Francisco Fernández Izquierdo y Elena María García Guerra, Ediciones Polifemo, Madrid, 2012.

García-Pita y Lastres, José Luis:

- “Los depósitos bancarios de dinero y su documentación”, publicado en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, octubre-diciembre de 1993.
- “Depósitos bancarios y protección del depositante”, en AAVV, *Contratos Bancarios*, Colegios notariales de España, Madrid, 1996.
- “El depósito bancario de efectivo”, en AAVV, *Contratos bancarios y parabancarios*, Valladolid, 1998.

García Villaverde, Rafael, “Depósito mercantil”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo II, Madrid, 1995.

Garrigues y Díaz-Cabañete, Joaquín:

- “El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, varios números, 1932.
- *Contratos bancarios*, 1958.
- *Contratos bancarios*, segunda edición, Madrid, 1975.

Gay de Montellá, Rafael, *Tratado de la Legislación Bancaria Española: Legislación y Jurisprudencia comercial, civil y fiscal y comentarios*, Tercera edición corregida y aumentada, Tomo I, Editorial Bosch, 1953.

Geyer, P.:

- *Banken und Krisen*, T.O. Weigel, Leipzig, 1865.
- *Theorie und Praxis des Zettelbankwesens nebst einer Charakteristik der Englischen, Französischen und Preussischen Bank*, Fleischmann's Buchhandlung, Munich, 1867.

Gibbon, Edward, *The Decline and Fall of the Roman Empire*, New York: Modern Library, 1776-1788, 2003.

Girard, Paul Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, París, 1918.

Glasner, David:

- *Free Banking and Monetary Reform*, Cambridge University Press, Cambridge 1989.
- “The Real-Bills Doctrine in the light of the Law of Reflux”, *History of Political Economy*, vol. 24, n. ° 4, invierno de 1992, pp. 867-894.

Goldthwaite, Richard A., “Local banking in Renaissance Florence”, *Journal of European Economic History*, 14, Rome, 1985.

Gómez Benítez, J.M., *Función y contenido del error en el contrato de estafa*, ADP, 1985.

Gómez Pomar, Fernando:

- “Civil and criminal sanctions against blackmail: an economic analysis” (con Juanjo Ganuza), 21, *International Review of Law and Economics*, 2002, pp. 475-498.
- “Fraude de ley, teoría de la interpretación y regulación de precios mínimos”, *InDret* 3/2004, 2004, pp. 1-24.
- “The law and economics of pure economic loss” (con Hans-Bernd Schäfer), 27, *International Review of Law and Economics*, 2007, pp. 1-7.
- “Paying the price for being caught: the economics of manifest and non-manifest theft in Roman law” (con Nuno Garoupa), *Review of Law and Economics*, 2008, pp. 1-24.
- “The charms of vagueness in contracts: a comment on Hermalin”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 164, 2008, pp. 99-105.
- “The Harmonization of contract law through European rules: a law and economics perspective”, *European Review of Contract Law*, 2008, pp. 89-118.
- “European contract law and economics welfare: The view from Law and Economics”, in Grundmann (editor), *Constitutional Values and European Contract Law*, Kluwer, The Hague, 2008, pp. 215-240.
- “The pathbreaking contributions of A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell to Law and Economics” (con Nuno Garoupa), en Lloyd Cohen and Joshua Wright (editores), *Pioneers in Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 267-294.
- “Diez libro de Law & Economics de los dos mil” (con Pablo Salvador Coderch), *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 2009.

- “The Spanish bankruptcy puzzle: Why Spanish firms are conservative” (con Marco Celentani y Miguel García-Posada), Working Paper, *FEDEA*, 2012, pp. 1-54.

Gómez Rivas, León, “Business Ethics and The History of Economics in Spain "The School of Salamanca: A Bibliography”, *Journal of Business Ethics*, November 1999, Volume 22, Issue 3, pp. 191-202.

González de Cellorigo, Martín, *Memorial de la política necesaria y útil restauración a la República de España*, Valladolid, 1600.

González González, Manuel Jesús, “El contexto genético del pensamiento económico en Castilla durante el siglo XVI”, *Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 37, 2000.

Goodman, Martin, *The Roman World, 44 BC-AD 180*, Routledge, London, 1997.

Graham, Frank D., “Partial Reserve Money and the 100 Percent Proposal”, *American Economic Review*, XXVI, año 1936, pp. 428-440.

Granado, Juan Javier del, “The Genius of Roman Law from a law and economics perspective”, *San Diego International Law Journal*, nº 13, Noviembre, 2011.

Grice-Hutchinson, Marjorie:

- *The School of Salamanca: Readings in Spanish Monetary Theory 1544-1605*, Clarendon Press, Oxford 1952.
- *El pensamiento económico en España (1177-1740)*, traducción española de Carlos Rochar y revisión de Joaquín Sempere, Editorial Crítica, Barcelona 1982.
- *Ensayos sobre el pensamiento económico en España*, Laurence S. Moss y Christopher K. Ryan (eds.), versión española de Carlos Rodríguez Braun y María Blanco González, Alianza Editorial, Madrid 1995.

- *La escuela de Salamanca: Una interpretación de la teoría monetaria española 1544-1606*, estudio introductorio de Luis Perdiges de Blas y John Reeder y traducción de José Luis Ramos Gorostiza, Obra Social de Caja España, Salamanca, 2005.
- *The School of Salamanca*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama, 2009.

Guido-Hülsmann, Jörg, *Mises: The Last Knight of Liberalism*, Ludwig von Mises Institute, Auburn (Alabama), 2007.

Gutiérrez Fernández, Benito, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, primera edición, Editorial Lex Nova, Madrid, 1869, tomo V.

Hart, Albert G., "The 'Chicago Plan' of Banking Reform", *Review of Economic Studies*, n.º 2, 1935, pp. 104-116.

Hayek, Friedrich August von:

- "The Maintenance of Capital" (*Economica*, II Agosto 1934), reeditado en *Profits, Interest and Investment and other Essays on the Theory of Industrial Fluctuations*, Augustus M. Kelly, Nueva Jersey 1979 (1ª. edición de George Routledge & Sons, Londres 1939).
- *Monetary Nationalism and International Stability*, Longmans, Londres 1937, reedición de Augustus M. Kelley, Nueva York 1971.
- *Monetary Theory and the Trade Cycle*, (1933), Augustus M. Kelley, Clifton 1975.
- *Denationalization of Money*, The Institute of Economic Affairs, Londres 1976.
- *Derecho, Legislación y Libertad*, Vol. III, 1ª edición, traducción de Luis Reig Albiol, Unión Editorial, Madrid, 1976.
- "La teoría de los fenómenos complejos", *Estudios públicos*, n.º2, 1981, originalmente este trabajo apareció bajo el título "The Theory of Complex Phenomena" en el volumen *The Critical Approach to Science and Philosophy. Essays in Honor of K. R. Popper*, editado por M. Bunge, y publicado por MacMillan Publishing Co., Inc. (1964).

- “El flujo de bienes y servicios” (1981), *Libertas*, Número 37, Octubre 2002, Año XIX.
- “The Monetary Policy of the United States after the Recovery from the 1920 Crisis”, capítulo I de *Money, Capital and Fluctuations: Early Essays*, Roy McCloughry (ed.), The University of Chicago Press, Chicago 1984.
- *Derecho, Legislación y Libertad*, Vol. I, segunda edición, traducción de Luis Reig Albiol, Unión Editorial, Madrid, 1985.
- *Derecho, Legislación y Libertad*, Vol. II segunda edición, traducción de Luis Reig Albiol, Unión Editorial, Madrid, 1988.
- *Richard Cantillon (1680-1734)*, cap. XIII en el libro *The Trend of Economic Thinking: Essays on Political Economists and Economic History*, W.W. Bartley III y Stephen Kresge (eds.), vol. III de *The Collected Works of F.A. Hayek*, Routledge, Londres y Nueva York 1991.
- “First Paper Money in Eighteenth Century France”, publicado por primera vez como capítulo X en el libro *The Trend of Economic Thinking: Essays on Political Economists and Economic History*, W.W. Bartley III y Stephen Kresge (eds.), vol. III de *The Collected Works of F.A. Hayek*, Routledge, Londres y Nueva York 1991, pp. 155-176.
- “Historia y Política” en *La tendencia del pensamiento económico*, vol. III de *Obras Completas de F.A. Hayek*, traducción de Eduardo L. Suárez, Unión Editorial, Madrid, 1995.
- “La disputa entre la Escuela Monetaria y la Escuela Bancaria, 1821-1848” en *La tendencia del pensamiento económico*, vol. III de *Obras Completas de F.A. Hayek*, traducción de Eduardo L. Suárez, Unión Editorial, Madrid, 1995.
- *Los fundamentos de la libertad*, sexta edición, traducción de José Vicente Torrente, Unión Editorial, Madrid, 1998.
- *La contrarrevolución de la ciencia*, Unión Editorial, Madrid, 2003.
- *La fatal arrogancia: los errores del socialismo*, traducción de Luis Reig Albiol, edición española al cuidado de Jesús Huerta de Soto, Unión Editorial, Madrid, 2011, (también existe la antigua edición del año 1990 en la misma editorial).
- *El orden sensorial*, segunda edición, prólogo de Joaquín M. Fuster, Unión Editorial, Madrid, 2011.

Heckscher, E. F., “The Bank of Sweden in its connection with the Bank of Amsterdam” en J. G. van Dillen (editor), *History of the Principal Public Banks*, La Haya, 1934.

Heras Hernández, María del Mar, *Los sujetos en el contrato de depósito*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.

Hernández Fradejas, Fernando, “Liquidez, interés y capital”, en *Boletín Económico de Información Comercial Española*, nº 3011, del 1 al 31 de mayo de 2011, pp. 53-61.

Hernández Gil, Antonio, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, vol. II, Gráficas Uguina, Madrid, 1971.

Hernández-Tejero Jorge, Francisco *Lecciones de derecho romano*, Ediciones Darro, Madrid 1972.

Heródoto, *Historias Libros V-IX*, edición de Antonio González Caballo, Ediciones Akal, Madrid, 1994.

Herrán Alonso, José Carlos, *El orden jurídico de la libertad: la aportación de F. A. al estudio del derecho*, Unión Editorial, Madrid, 2010.

Herrero Chico, Rafael, *Función y origen de los argentarii*, Separata del Anuario de estudios sociales y jurídicos, Escuela Social de Granada, vol. VI, 1977.

Huerta de Soto, Jesús

- “Método y crisis en la ciencia económica”, *Hacienda Pública Española*, número 74, 1982.
- “Génesis, esencia y evolución de la Escuela Austriaca de Economía”, en *Estudios de economía política*, Unión Editorial, Madrid 1994.
- *Estudios de economía política*, Unión Editorial, Madrid, 1994.

- “New Light on the Prehistory of the Theory of Banking and the School of Salamanca”, *The Review of Austrian Economics*, vol. 9, n.º 2, 1996, pp. 59-81.
- “La teoría bancaria en la escuela de Salamanca”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UCM*, n.º 89, 1997.
- *La Escuela Austríaca: Mercado y Creatividad Empresarial*, Editorial Síntesis, Madrid, 2000.
- *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2001.
- *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2002.
- *Lecturas de economía política*, Unión Editorial, 2.ª edición, Madrid 2005, vol. I.
- “Huerta de Soto sobre Menger” en *Libros de Economía y Empresa*, nº2, 2007.
- *Nuevos estudios de economía política*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2007.
- “La crisis actual según la Escuela Austríaca” en *Boletín de Información Comercial Española, Información Comercial Española*, nº 2962, 2009.

Hume, David, *Essays: Moral, Political and Literary*, editada por Eugene F. Miller y publicada por Liberty Fund, Indianápolis, 1985.

Hoppe, Hans Hermann:

- *The economics and ethics of private property*, second edition, Ludwig von Mises Institute, Auburn Alabama, 2006.
- *A theory of socialism and capitalism*, second edition, Ludwig von Mises Institute, Auburn Alabama, 2013.

Horwitz, Stephen:

- “Keynes’ Special Theory”, *Critical Review: A Journal of Books and Ideas*, verano-otoño de 1989, vol. III, nn. 3-4, pp. 411-434.
- *Monetary Evolution, Free Banking and Economic Order*, Westview Press, Oxford, 1992.
- *Microfoundations and Macroeconomics*, Routledge, Londres, 2000.

Iglesias, Juan, *Derecho Romano*, decimoquinta edición, Editorial Ariel, Barcelona, 2004.

Imbert, Jean, en su *Historia Económica (de los orígenes a 1789)*, traducción del francés de Armando Sáez, Editorial Vicens-Vives, Barcelona, 1971.

Isócrates, *Discursos*, Editorial Gredos, Madrid, 1979.

Jevons, William Stanley, *Money and the Mechanism of Exchange*, D. Appleton & Co., Nueva York 1875, y Kegan Paul, Londres 1905.

Joinville, Jean de, *The Life of Saint Louis*, Penguin, sin fecha.

Jordano Barea, Juan Bautista, *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958.

Jordano Fraga, Jesús, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Marzo de 1990”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, abril-agosto 1990, núm. 23.

Jouvenel, Bertrand de, “Los intelectuales europeos y el capitalismo” en *Lecturas de Economía Política*, editor Jesús Huerta de Soto, volumen II, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2008.

Juvenal, *Sátiras*, traducción, estudio Introductorio y notas de Bartolomé Segura Ramos, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1996.

Kindleberger, Charles P.:

- *Historia financiera de Europa*, traducción castellana de Antonio Menduiña y Juan Tugores, con la colaboración de Jordi Beltrán y Lidia Lumpuy, Editorial Crítica, Barcelona, 2011.
- *Manías, pánicos y cracs*, Editorial Ariel, Barcelona, 2012.

Kirzner, Israel:

- *Classics in Austrian Economics: A Sampling in the History of a Tradition*, William Pickering, Londres 1994, vol. I.
- *Competencia y Empresarialidad*, Unión Editorial, 2.ª edición, Madrid, 1998.

La Lumia, Isidoro, *I depositi bancari*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1913.

Laercio, Diógenes, *Vida y opiniones de los filósofos más ilustres*, Editorial Lucina, Zamora, 2010.

Lacruz Berdejo, José Luis, *Elementos de derecho civil*, volumen II, José María Bosch Editor, 3.ª edición, Barcelona, 1995.

Lane, Frederic C., “Venetian bankers, 1496-1533: A study in the early stages of deposit banking”, *Journal of Political Economy*, volumen 45, número 2, 1937.

Lane, Frederic C., Mueller, Reinhold C., *Money and banking in medieval and Renaissance venice*, volumen I: coins and moneys of account, The John Hopkins University Press, London, 1985.

Langholm, Odd, *The Legacy of Scholasticism in Economic Thought*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

Lasarte Álvarez, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, tomo tercero, décima edición, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Law, John, *Money and Trade considered with a proposal for Supplying the Nation with Money* es el tratado traducido al francés en 1720 con el título *Considérations sur le Commerce et sur l'Argent* y publicado por Daire en el *Recueil des Économistes financiers du XVIII siècle*, Guillaumin, 1843.

Ledesma, Pedro de, *Segunda Parte de la Summa, en la qual se summa y cifra todo lo moral y casos de consciencia que no pertenecen a los sacramentos*, Salamanca, 1614.

Lee, G.A., “The Oldest European Account Book: A Florentine Bank Ledger of 1211”, en *Accounting History: Some British Contributions*, R.H. Parker y B.S. Yamey (eds.), Clarendon Press, Oxford, 1994.

Lefreve, Robert, *La filosofía de la propiedad*, dirección del proyecto y traducción de Juan Manuel González Otero, Unión Editorial -Colección Innisfree-, Madrid, 2013.

Leoni, Bruno:

- “Diritto e politica”, *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, A. Giuffrè, Milán, 1980.
- *La libertad y la ley*, Unión Editorial, Madrid, 2011.

Lehmann, Fritz, “100 Percent Money”, *Social Research*, vol. III, n. ° 1, pp. 37-56.

Lisias, *Discursos (XXVI-XXXV) y Fragmentos*, Texto revisado y traducido por José M. Floristán Imízcoz, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2000.

Lladonosa i Pujol, Josep:

- *Història de Lleida*, vol. II, Tàrraga, F. Camps Calmet, 1972-1974.
- “La Taula de Canvis” en *La Boira*, n. ° 12, Lleida, 1979.

Llobet Portella, Josep Maria, *La “Taula de Canvi” de Cervera y su entorno socio-económico (1599-1715)*, Instituto de Estudios Ilerdenses, Lleida, 1985.

Lloyd, Samuel Jones, *Reflections Suggested by a Perusal of Mr. J. Horseley Palmer's Pamphlet on the Causes and Consequences of the Pressure on the Money Market*, P. Richardson, Londres, 1837.

Longfield, Samuel Montifort, “Banking and Currency” (4 artículos), *Dublin University Magazine*, 15:3-15, 218-33; 16:371-89, 611-20, 1840.

López, Luis, *Tractatus de contractibus et negotiationibus*, Salmanticae, 1592.

López, Gregorio, *Las Siete Partidas*, glosadas por el licenciado Gregorio López, publicadas en edición facsímil por el Boletín Oficial del Estado, Madrid. 1985.

López Estrada, Francisco, López García-Berdoy, María, *Las Siete Partidas: antología* [1256-1265]. Selección, prólogos y notas de Francisco López Estrada y María López García-Berdoy, Editorial Castalia, Madrid, 1992.

López Yepes, José, “La Instrucción de las Arcas de Misericordia del Obispo Díaz de Luco (1495-1556)”, *Boletín de Documentación del Fondo para la Investigación Económica y Social*, vol. III, fascº. 1º, enero-marzo 1971.

Mackay, Angus, *Money, price and politics in fifteenth-century castile*, Royal Historical Society, London, 1981.

Macleod, Henry Dunning, *The theory of credit*, vol. I, London: Longmans, Green and Co. and New York: 15, East 16th Street, 1889.

Madrazo Leal, Juan, *El depósito bancario a la vista*, Madrid, 2001.

Malaurie, Philippe, Aynes, Laurent, *Cours de Droit Civil*, cuarta edición, París, 1990.

Malynes, Gerrard de, *A treatise of the canker of England's common wealth*, London, 1601.

Manresa y Navarro, José María, *Comentarios al Código civil*, Madrid, 1914, t. I.

Manso Olivar, Rubén, *Los malvados derivados financieros*, Every View Ediciones, Madrid, 2011.

Marín Martínez, Tomás, “La biblioteca del obispo Juan Bernal Díaz de Luco”, *Hispania Sacra*, 5, 1952.

Marquardt, J., Mommsen, T., *Manuel des antiquités Romaines*, París, 1888.

Marqués i Carbó, Lluís, *Una histórica institución municipal de carácter económico: la Tabla de cambio y comunes depósitos de Gerona*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1952.

Martínez Díez, Gonzalo, *Los templarios en los reinos de España*, Editorial Planeta, Barcelona, 2001.

Martínez Gijón, José, “La comenda en el Derecho español” en *Anuario de Historia del Derecho*, 1964, número 34.

Martínez de Marigorta, Antonio, *Una obra de Derecho Mercantil del siglo XVI, de Cristóbal de Villalón: Homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid y con motivos de su jubilación, al Catedrático de Derecho Mercantil de España y de las principales naciones de Europa y América, Excmo. Señor Dr. D. José María González de Echávarri y Vivanco*, Imprenta Castellana, Valladolid, 1945.

Martínez Meseguer, César, *La teoría evolutiva de las instituciones: la perspectiva austríaca*, Unión Editorial, Madrid, 2006.

Martínez Muñoz, Juan Antonio, *El conocimiento jurídico*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2005.

Martínez Sánchez, Manuel, *Algunas consideraciones sobre el crédito en la Cataluña medieval*, Archiu Històric de la Ciutat, Institut de Cultura, Barcelona. Ayuntamiento, 2007.

di Marzo, Salvatore, *Manuale elementare di Diritto Romano*, Torino, 1954.

Maschi, Carlo Alberto, *La categoria dei contratti reali. Corso di Diritto Romano*, Milano, Milano, 1973.

Mata Barranco, Norberto J. de la, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación: el dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*, Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU, S.A.), Barcelona, 1994.

Mazzoni, Pacifici, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, 4.ª ed., Firenze, 1903, volumen I.

McCulloch, J.R.:

- *Historical Sketch of the Bank of England with an Examination of the Question as to the Prolongation of the Exclusive Privileges of that Establishment*, Longman, Rees, Orme, Brown & Green, Londres, 1831.
- *A Treatise on Metallic and Paper Money and Banks*, A. & C. Black, Edimburgo, 1858.

Meeson, R., Welsby, W. N., *Reports of Cases Argued and Determined in the Courts of Exchequer and Exchequer Chamber, from Michaelmas Term, 10 Vict., to Easter Term, 10 Vict., Both Inclusive; With Tables of the Cases and Principal Matters*, Volumen XVI, S. Sweet, 1949.

Melis, Federigo, *Aspetti della vita economica medievale (studi nell' Archivio Datini di Prato)*, Siena, 1962.

Menger, Carl:

- *Untersuchungen über die Methode der Socialwissenschaften und der Politischen Ökonomie insbesondere*, Duncker & Humblot, Leipzig 1883.
- “On the Origin of Money”, *Economic Journal*, junio de 1892.
- *Principios de economía política*, 2.^a ed., Unión Editorial, Madrid 1997.
- *El Método de las Ciencias Sociales*, estudio introductorio de Dario Antiseri, edición de Dario Antiseri y Juan Marcos de la Fuente, Unión Editorial, Madrid, 2006.

Mercader Frau, Antoni, *Taula de Canvis*, Consell de Mallorca, Departament de Cultura i Patrimoni, Palma, 2007.

Mercado, Tomás de, *Summa de tratos y contratos*, Sevilla, 1571.

Merivale, John Herman, *Reports of Cases Argued and Determined in the High Court of Chancery: Commencing in Michaelmas Term, 1815*, Volumen I, 1815-1816, 56 GEO. III., Joseph Butterworth and Son, London, 1817.

Metcalf, D. M., “The Templars as bankers and monetary transfers between west and east in the 12th century”, *Coinage in the Latin East*, “The fourth Oxford symposium on coinage and monetary history”, *British Archaeological Reports*, P.W. Edbury y D. M. Metcalf (eds.), Oxford, 1980.

Miceli, V., *Los principios generales del Derecho en Rivista di Diritto Civile*, 1923.

Michaelis, O., *Volkswirtschaftliche Schriften*, vols. I y II, Herbig, Berlín 1873.

Miller, Merton H., “Do the M&M propositions apply to banks?”, *Journal of Banking & Finance*, 19, 1995.

Mints, Lloyd W., *Monetary Policy for a Competitive Society*, Nueva York 1950, pp. 186-187.

Mises, Ludwig von:

- *Human Action*, Chicago, Contemporary Books, Inc., 1966.
- *On the Manipulation of Money and Credit*, Percy L. Greaves (ed.), Freemarket Books, Nueva York 1978.
- *The Theory of Money and Credit*, Liberty Classics, Indianápolis 1980.
- *Money, Method and the Market Process: Essays by Ludwig von Mises*, Richard M. Ebeling (ed.), Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Holanda, 1990.
- *La Acción Humana*, séptima edición, Unión Editorial, Madrid, 2004.
- *La teoría del dinero y del crédito*, segunda edición, Unión Editorial, Madrid, 2012.

Modeste, V., “Le billet des banques d’émission et la fausse monnaie”, *Le Journal des Économistes*, vol. III, 15 de agosto de 1866.

Molina, Luis de, *De Iustitia et Iure tomus secundus de contractibus*, Moguntiae, 1614.

Molle, Giacomo, “I contratti bancari” in *Trattato di cir. civ. e comm.*, Cicu e Messineo, Milano, 1978.

Monge Gil, Ángel Luis, “Algunos aspectos de las libretas que documentan imposiciones a plazo y de las libretas de ahorro”, *Revista de Derecho bancario y Bursátil*, núm. 62, abril-junio 1996.

Montanelli, Indro, *Historia de Roma*, Plaza & Janés Editores, Barcelona, 1990.

Moreno-Torres Herrera, María Luisa, *La prohibición de compensar las deudas derivadas de depósito y comodato*, Barcelona, 1994.

Moretti, Luigi, “La economía helenística” en *Historia y Civilización de los Griegos*, Icaria Editorial, Barcelona, 1983.

Mueller, Reinhold C.:

- “The Role of Bank Money in Venice, 1300-1500”, en *Studi Veneziani*, N.S. III, Giardini Editori, Pisa, 1979.
- *The Venetian Money Market: Banks, Panics, and the Public Debt, 1200-1500*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1997.

Muñiz Coello, Joaquín:

- “Cicerón y el santuario de Tulia. Teoría religiosa y práctica financiera”, *Arys: Antigüedad: religiones y sociedades*, nº1, 1998.
- “Las raciones de Cicerón: Prácticas financieras de un senador a finales de la República”, *Hispania antiqua*, nº 23, 1999

Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal Parte Especial*, Decimosexta edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Muñoz de Juana, Rodrigo, *Moral y economía en la obra de Martín de Azpilcueta*, Eunsa, Navarra, 1998.

Murphy, Antoin E.,

- *Richard Cantillon: Entrepreneur and Economist*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- *John Law: Economic Theorist and Policy Maker*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

Mut Remolá, Enrique, “La Taula de Canvis”, en *Ciudad*, volumen I, Lérida, 1949.

Nacar Fuster, Eloino, Colunga Cueto, Alberto, *Sagrada Biblia: Versión directa de las lenguas originales*, Eloino Nacar Fuster y Alberto Colunga Cueto, O.P., revisión del texto por una comisión de escrituristas presidida por Maximiliano García Cordero, O.P., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993.

Negro Pavón, Dalmacio, *La Tradición Liberal y el Estado*, Unión Editorial, Madrid, 1995.

Nevile, Sandford, Manning, William M., *Reports of cases argued and determined in the Court of King's Bench: in Trinity and Michaelmas Terms, in the third and fourth years of William IV*, Volumen II, S. Sweet, 1834.

Noonan, John T., Jr., *The Scholastic Analysis of Usury*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1957.

Norman, George Warde, *Remarks upon some Prevalent Errors with respect to Currency and Banking, and Suggestions to the Legislature and the Public as to the Improvement in the Monetary System*, P. Richardson, Londres, 1838.

Novísima recopilación de las leyes de España, Dividida en XII libros, en que se reforma la Recopilación publicada por el Señor Don Felipe II en el año de 1567, reimpressa últimamente en el de 1775, y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales, y otras providencias no recopiladas, y expedidas hasta el de 1804. Mandada formar por el señor don Carlos IV. Impresa en Madrid, en la Imprenta de Sancha. Año MDCCCXV (1805).

Nozick, Robert, *Anarquía, estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

Nuez, Paloma de la, *Turgot, el último ilustrado*, Unión Editorial, 2010, Madrid.

O'Callaghan Muñoz, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo II, volumen 2, Madrid, 1989.

Orestano, F., Más sobre los principios generales del Derecho en *Riv. Int. di Fil. del Dir.*, 1924.

D'Ors, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1968.

Orsingher, Roger, *Banks of the world*, Walker and Company, New York, 1967.

Ortiz y Sanz, Josef, *Los diez libros de Diógenes Laercio sobre las vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres*, traducidos de la lengua griega e ilustrados con algunas notas por D. Josef Ortiz y Sanz, Madrid, tomo I, Imprenta Real, 1792.

Ozcáriz Marco, Florencio, *El contrato de depósito: estudio de la obligación de guarda*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

Pacchioni, G., *Los principios generales del Derecho en Archivio giuridico*, 1924.

Pastor Muñoz, Nuria, “El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa”, en Varios, Jesús María Silva Sánchez (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

Parnell, Henry, *Observations on Paper Money, Banking and Other Trading, including those parts of the evidence taken before the Committee of the House of Commons which explained the Scotch system of banking*, James Ridgway, Londres, 1827.

Pellise Prats, Buenaventura, “Depósito”, *Nueva enciclopedia jurídica SEIX*, tomo VI, Barcelona, 1954.

Pérez de Ontiveros Baquero, Carmen, *El contrato de Comodato*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.

Pérez Ramírez, Jorge, *Vida paralelas: la banca y el riesgo a través de la historia*, Marcial Pons-Ediciones de Historia, Madrid, 2011.

Petit, Eugène, *Traité élémentaire de Droit romain*, París, 1925, número 3.

Piquet, J., *Des banquiers au Moyen Age: les Templiers, Étude de leurs opérations financières*, París, 1939.

Pirenne, Henri, *Historia económica y social de la Edad Media*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1974.

Platón, *La República*, introducción de Manuel Fernández-Galiano, Alianza Editorial, Madrid, 1988.

Plauto, *Comedias*, vol. I, introducción general de Agustín García Calvo e introducciones, traducción y notas de Mercedes González-Haba, Biblioteca Gredos, Madrid, 2007.

Plauto, *Comedias*, vol. II, introducciones, traducción y notas de Mercedes González-Haba, Biblioteca Gredos, Madrid, 2007.

Plinio El Joven, *Cartas*, introducción, traducción y notas de Julián González Fernández, Biblioteca Clásica Editorial Gredos, Madrid, 2005.

Ponce, Carolina, López, Leticia, *Antología de Textos Latinos I*, selección y notas a cargo de Carolina Ponce y Leticia López, primera edición, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 2004.

Pons, Antoni, “La banca mallorquina en temps de Ferran el Catòlic; els seus precedents”, en *V Congreso de Historia de la Corona de Aragón*, vol. IV, Diputación Prinvicial de Zaragoza, 1962.

Popper, Karl Raimund:

- *Lógica de la investigación científica*, traducción por Víctor Sánchez de Zavala, Editorial Tecnos, Madrid, 1985.
- *En busca de un Mundo Mejor*, Paidos, Barcelona, 1994.

Pothier, Robert, *Tratado de los Contratos de Beneficencia*, traducción española por una Sociedad de Amigos Colaboradores, Barcelona, 1845.

Powell, E.T., *Evolution of Money Markets*, Cass, Londres, 1966.

Rabanete Martínez, Isabel, “Depósito con facultad de uso y comodato en interés del comodante (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1997)”, *Revista General del Derecho*, Número 656, 1999.

Rallo, Juan Ramón, tesis doctoral titulada “Una aplicación de la teoría del ciclo económico desde la perspectiva de la escuela austriaca a la gran recesión”, defendida en Madrid, Vicálvaro, Universidad Rey Juan Carlos, 9 de marzo de 2011.

Real Cédula de S.M. y Señores del Consejo, por la qual se crea, erige y autoriza un Banco nacional y general para facilitar las operaciones del Comercio y el beneficio público de estos Reynos y los de Indias, con la denominación de Banco de San Carlos baxo las reglas que se expresan, en la Imprenta de D. Pedro Marín en Madrid, año de 1782.

Reden, Sitta von, *Money in classical antiquity*, Cambridge University Press, 2010.

Reixach Sala, Albert, “Banqueros al servicio del poder: El cambista Ramón Medir de Girona y la tesorería real durante la Guerra de los Dos Pedros (1356-1369) en *Comercio, banca y sociedad en los reinos hispánicos (siglos XIV-XVIII)*”, edición a cargo de Ángel Alloza Aparicio, Francisco Fernández Izquierdo y Elena María García Guerra, Ediciones Polifemo, Madrid, 2012.

Riosalido Gambotti, Jesús, *Compendio de Derecho Islámico (Risala fil-l Fiqh)*, Editorial Trotta, Madrid, 1993.

Rist, Charles, *Historia de las Doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda*, traducción de Ernesto Schop Santos, Editorial Bosch, Barcelona, 1945.

Robles Pozo, José, *El Código civil y su jurisprudencia*, Madrid, 1896, tomo I.

Roca Juan, Juan de:

- *El depósito y la garantía real mobiliaria* (Notas para un concepto genérico de depósito), Murcia, 1946.
- “El depósito de dinero”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XXII, vol. I, Editorial Revista del Derecho Privado EDESA, Madrid, 1982.

Rodiere, René, Delebecque, Philippe, Comentarios a la voz “Dépot” en la *Enciclopedia Jurídica Dalloz*, Abril, 1994.

de Roover, Raymond:

- *Money, banking and credit in medieval Bruges*, The Medieval Academy of America, Cambridge, Massachussets, 1948.
- “Scholastic Economics: Survival and Lasting Influence from the Sixteenth Century to Adam Smith”, *The Quarterly Journal of Economics*, 69(2), 1955, pp. 161-190.
- *The Rise and Decline of the Medici Bank 1397-1494*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1963.

Rothbard, Murray Newton:

- *The Panic of 1819: Reactions and Policies*, Columbia University Press, Nueva York y Londres, 1962.
- “New Light on the Prehistory of the Austrian School”, en *The Foundations of Modern Austrian Economics*, Edward G. Dolan (ed.), Sheed & Ward, Kansas City 1976, pp. 52-74.
- *The Mystery of Banking*, Richardson & Snyder, Nueva York, 1983.
- *The Case Against the Fed*, The Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama, 1994.

- *An Austrian Perspective on the History of Economic Thought*, vol. I: *Economic Thought before Adam Smith*, Edward Elgar, Aldershot 1995, cap. 4, pp. 97-133 (edición española, Unión Editorial, Madrid 1999).
- *Historia del pensamiento económico*, Vol. I, Unión Editorial, 1999, Madrid.
- *The Case for a 100 Percent Gold Dollar*, Ludwig von Mises Institute, 2001.
- *Man Economy and State: A Treatise on Economic Principles*, tercera edición, Ludwig von Mises Institute Scholar's Edition, 2004.
- *La ética de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, 2009.

Rotondi, M., *La equidad y los principios generales del derecho* en *Rivista di Diritto Civile*, XVI, 3.

de Rosa, Luigi, “De la moneda de metal al papel moneda (cartas de crédito) en el Reino de Nápoles: El papel de los bancos públicos” en *Dinero, moneda y crédito en la monarquía hispánica*, edición a cargo de Antonio Miguel Bernal Rodríguez, Marcial Pons-Ediciones de Historia Fundación ICO, Madrid, 2000.

Rubio Sacristán, José Antonio, “La fundación del Banco de Amsterdam (1609) y la banca de Sevilla”, *Moneda y crédito*, marzo de 1948.

Salazar Revuelta, María, *La gratuidad del mutuum en el Derecho Romano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén, 1999.

Sánchez-Arcilla Bernal, José, “Una aportación a la Historia de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. El Departamento de Historia del Derecho (1967-2008)” en *Cuadernos de Historia del Derecho*, volumen extraordinario, 2010.

Sánchez Calero, Juan y Fernando, *Instituciones de Derecho mercantil*, tomo II, Navarra, 2008.

Sánchez Román, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, segunda edición corregida y aumentada, Estudio Tipográfico “Sucesores de Riva deneyra” - Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV.

Santarelli, Umberto:

- *La categoria dei contratti irregolari: Lezioni di Storia del Diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1990.
- *Mercanti e società tra mercanti*, terza edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998.

Saravia de la Calle, Luis, *Instrucion de mercaderes muy provechosa, en la qual se enseña como deven los mercaderes tractar y de que manera se han de evitar las usuras en todos los tractos... Tambien ay otro tractado de cambios, en el qual se tracta de los cambios licitos y reprovados*, Medina del Campo, 1544.

Sarlo, Luigi de, *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati*, Padua, 1936.

Scaduto, G., *Sobre la identificación de los principios generales del Derecho*, Perugia, 1926.

Scaevola, Quintus Mucius, *Código civil comentado y concordado extensamente*, Madrid, 1896, t. II.

Scaramozzino, Pasquale (ed.), *Omaggio a Bruno Leoni*, Ed. A. Giuffrè, Milán, 1969.

Scherillo, Gaetano, Voz “Commodato (Dir. Rom.)”, en *Enc. Dir.*, T. VII, Milano, 1960.

Schick, León, *Jacobo Fucar: un gran hombre de negocios del siglo XVI*, traducción del francés por Mons. Andre Boyer-Mas, Aguilar, Madrid, 1961.

Schumpeter, Joseph, *Historia del Análisis Económico*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1971.

Schwartz Girón, Pedro, “El legado de la escuela de economía de Salamanca: una estimación actual” en *Estudios de historia y de pensamiento económico: homenaje al profesor Francisco Bustelo García del Real*, Editorial Complutense, Madrid, 2003.

Segré, Gino, “Sull’età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno”, en *Scritti vari di Diritto Romano*, Torino, 1952

Selgin, George A., “The Stability and Efficiency of Money Supply under Free Banking”, publicado en el *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, n. ° 143, año 1987, pp. 435-456.

Serrano-Vicente, Martín, *Custodiam praestare. La prestación de custodia en el Derecho Romano*, Editorial Tébar, Madrid, 2006.

Seward, Desmond, *The Monks of War*, Penguin, 1995.

Siegfried, John J., “A first lesson in econometrics”, *Journal of Political Economy*, Vol. 78, No. 6 (Nov. - Dec., 1970), 1378-1379.

Sierra Bravo, Restituto, *El pensamiento social y económico de la Escolástica*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas - Instituto de Sociología “Balmes”, Madrid, 1975.

Simons, Henry C., “Rules versus Authorities in Monetary Policy”, *Journal of Political Economy*, XLIV, n.º 1, febrero de 1936, pp. 1-30.

Skousen, Mark, *The Economics of a Pure Gold Standard*, Praxeology Press, The Ludwig von Mises Institute, Auburn University, Alabama, 1977.

Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, publicada por W. Strahan & T. Cadell, in the Strand, Londres, 1776.

Smith, Vera, *The Rationale of Central Banking and the Free Banking Alternative*, Liberty Press, Indianápolis, 1990.

Sobrequés i Vidal, Santiago, Sobrequés i Callicó, Jaume, *La guerra civil catalana del segle XV. Estudis sobre la crisi social i econòmica de la Baixa Edat Mitjana*, dos volúmenes, Edicions 62, Barcelona, 1973.

Soddy, Frederick, *Wealth, Virtual Wealth and Debt*, E.P. Dutton, Nueva York, 1927.

Soto, Domingo de, *De Iustitia et Iure Libri decem*, Salmanticae, 1562.

Sousmatzian Ventura, Elena: “¿Puede la intervención gubernamental evitar las crisis bancarias?”, *Revista de la Superintendencia de bancos y otras instituciones financieras*, n.º 1, Caracas, Venezuela, abril-junio de 1994, pp. 66-87.

Steuart, James, *An Enquiry into the Principles of Political Oeconomy: Being an Essay on the Science of Domestic Policy in Free Nations*, publicado por A. Miller & T. Cadell in the Strand, Londres, 1767.

Suárez, Luis, *Historia Social y Económica de la Edad Media Europea*, Espasa-Calpe, Madrid, 1969

Tácito, Cayo Cornelio, *Anales Libros I-VI*, introducción, nota, y traducción de José L. Moralejo, Biblioteca Clásica Gredos 19, Madrid, 1984.

Tapia, Eugenio de, *Febrero novísimo, o Librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo II, Valencia, 1828.

Tapia Hermida, Alberto Javier, “Los contratos bancarios de depósito, administración y gestión de valores negociables”, en AAVV, *Contratos Bancarios*, Madrid, 1992.

Taylor, John, *Construction Construed and Constitutions Vindicated*, Shepherd & Pollard, Richmond, Virginia, 1820, reeditado por DaCapa Press, Nueva York, 1970.

Tellkamp, J. L.:

- *Essays on Law Reform, Commercial Policies, Banks, Penitentiaries, etc., in Great Britain and the United States of America*, Williams and Norgate, Londres, 1859.
- *Die Prinzipien des Geld und Bankwesens*, Puttkammer y Mühlbrecht, Berlín 1867.

Temin, Peter:

- "A market economy in the Early Roman Empire" en *Journal of Roman Studies*, 91, 2001.
- "Price Behavior in Ancient Babylon" en *Explorations in Economic History*. 39:1, 2002.
- "The Labor Market of the Early Roman Empire" en *Journal of Interdisciplinary History*. 34:4, 2004.
- "Financial Intermediation in the Early Roman Empire" en *Journal of Economic History*. 64:3, 2004.
- "Estimating the GDP of the Early Roman Empire" en *Innovazione tecnica e progresso economico nel mondo romano*. Elio LoCascio, editore. Roma: Bari, 2005.
- "La economía del alto imperio romano" en *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política*, Vol. VI, n. ° 2, Otoño 2009.
- *The Roman market economy*, Princenton University Press, 2013.

Terencio, *El Eunuco, Formión, La Suegra*, introducción, traducción y notas de Antonio López Fonseca, Clásicos de Grecia y Roma Alianza Editorial, Madrid, 2005.

Terencio, *Formión*, introducción, versión y notas de José Juan del Col, Cuadernos del Instituto Superior "Juan XXIII", 6, (1984).

Termes, Rafael, *Carlos V y uno de sus banqueros: Jacobo Fugger*, Asociación de Caballeros del Monasterio de Yuste, Madrid, 1993.

Thornton, M. K., Thornton, Robert L., “The Financial Crisis of A.D. 33: A Keynesian Depression?”, *Journal of Economic History*, 50.3, 1990.

Thornton, Henry, *An Inquiry into the Nature and Effects of the Paper Credit of Great Britain*, originariamente publicada en 1802 y reeditada por Augustus M. Kelley, Fairfield, 1978.

Timberlake, Richard:

- “The Central Banking Role of Clearinghouse Associations”, *Journal of Money, Credit and Banking*, n.º 16, febrero de 1984, pp. 1-15.
- “Private Production of Scrip-Money in the Isolated Community”, *Journal of Money, Credit and Banking*, n.º 4, octubre de 1987, (19), pp. 437-447.
- “The Government’s Licence to Create Money”, *The Cato Journal: An Interdisciplinary Journal of Public Policy Analysis*, vol. IX, n.º 2, otoño de 1989, pp. 302-321.

Tobin, James, “Financial Innovation and Deregulation in Perspective”, *Bank of Japan Monetary and Economic Studies*, n.º 3, año 1985, pp. 19-29.

Tooke, Thomas:

- *A Letter to Lord Grenville; On the Effects Ascribed to the Resumption of Cash Payments on the Value of the Currency*, John Murray, Londres, 1826.
- *History of Prices and of the State of the Circulation from 1793-1837*, Longman, Londres, 1838.

Tortosa Durán, José, “El mercantilismo del siglo XVI y el Consulado de Mercaderes de Lérida”, *Ilerda*, XVIII, Lérida, 1954.

Torre Muñoz Morales, Ignacio de la, *Los Templarios y el origen de la banca*, Editorial Dilema, Madrid, 2004.

Torrens, Robert, *A Letter to the Right Hon. Lord Viscount Melbourne, on the Causes of the Recent Derangement in the Money Market, and on Bank Reform*, Longman, Rees, Orme, Brown & Green, Londres, 1837.

Traviesas, Manuel Miguel de las, Jurisprudencia y Derecho privado, en *Revista de Derecho Privado*, 1917, número 51.

Trigo Portela, Joaquín, “Historia de la banca”, *Enciclopedia práctica de la banca*, tomo VI, Editorial Planeta, Barcelona, 1989.

Rascón, César, *Pignus y custodia en el Derecho Romano Clásico*, con prólogo del Prof. Dr. Armando Torrent, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1976.

Recalde Castells, Andrés, “Depósito administrado de valores (depósito abierto de valores)”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, t. II.

Reinhard Zimmerman, *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press Inc, Nueva York, 1996.

Serrera Contreras, Pedro Luis, “El contrato de depósito mercantil”, en *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo XXXV, Madrid, 2001.

Upton-Ward, J. J., *The Rule of the Templars*, Bodyell Press, Suffolk, 1992.

Usher, A.P.:

- “Deposit Banking in Barcelona, 1300-1700”, *Journal of Economics and Business History*, IV, 1931.
- *The Early History of Deposit Banking in Mediterranean Europe*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1943.

Valiño, Emilio, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Valencia, 1976.

Valle Muñiz, José Manuel, *El delito de estafa: delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Barcelona, 1987.

Vecchio, Giorgio del, *Los principios generales del derecho*, Editorial Bosch - Barcelona, 1971.

Velasco García, Carmen, “Algunas observaciones sobre la *societas argentaria*”, en *Historia, Instituciones, Documentos*, nº 12, 1985.

Valencia, Gregorio de, *Commentariorum Theologicorum Tomi quatuor, Tomus III, Disputatio prima generalis de fide et ei annexis, et vitiis contrariis*, Ingolstadii, 1595.

Valpuesta Gastaminza, Eduardo María, “Depósitos bancarios de dinero. Libretas de ahorro”, en AAVV, *Contratos bancarios*, Madrid, 1992.

Valverde y Valverde, Calixto, *Tratado de Derecho Civil Español*, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1913, Tomo III.

Vega, José de la, *Confusión de confusiones: dialogos curiosos entre un philosopho agudo, un Mercader discreto, y un Accionista erudito Describiendo el negocio de las Acciones, su origen, su ethimologia, su realidad, su juego, y su enredo / compuesto por Iosseph de la Vega, que con reverente obsequio lo dedica al Merito y Curiosidad Del muy Ilustre Señor Duarte Nunez da Costa*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1958, reproducción facsímil de la edición en Amsterdam en 1688.

Vicens Vives, Jaime, *Manual de Historia Económica de España*, con la colaboración de Jorge Nadal Oller, cuarta edición, Editorial Vicens-Vives, Barcelona, 1965.

Vicente, Juan, *Manuscrito Ottoboniano Latino 1048 P.I.*, Biblioteca Vaticana.

Vidari, Ercole, *Diritto commerciale*, 1896.

Vigo, Abelardo del:

- *Cambistas, mercaderes y banqueros en el Siglo de Oro Español*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1997
- *Economía y ética en el siglo XVI*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2006.

Vilar, Pierre, *Oro y moneda en la historia (1450-1920)*, Editorial Ariel, Barcelona 1972.

Villalón, Cristóbal de, *Provechoso tratado de cambios y contrataciones de mercaderes y reprovacion de usura*, Valladolid, 1546.

Vivas Tesón, Inmaculada, *El contrato de comodato*, Editorial Tirant lo Blanch “Colección privado”, Valencia, 2002.

VVAA, *La Cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, Imprenta Delgado Sáez, Madrid, 1936.

White, Lawrence H.:

- *Free Banking in Britain: Theory, Experience and Debate, 1800-1845*, Cambridge University Press, Londres y Nueva York 1984.
- *Competition and Currency: Essays on Free Banking and Money*, New York University Press, Nueva York 1989.

Wicksell, Knut, *Lectures on Political Economy*, vol. II, Routledge & Kegan Paul, Londres 1950.

Yeager, Leland B., Greenfield, Robert, “A Laissez-Faire Approach to Monetary Stability”, *Journal of Money, Credit and Banking*, n.º XV(3), agosto de 1983, pp. 302-315.